

المغنى

لَمَوْفَّقِ الدِّينِ أَبِي مُحَمَّدٍ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ قُدَّامَةَ
الْمَقْدِسِيِّ الْجَمَاعِيِّ الدَّمَشْقِيِّ الصَّالِحِيِّ الْحَنْبَلِيِّ
٥٤١-٦٢٠ هـ

تحقيق

الدكتور

عبد الفتاح محمد راحلو

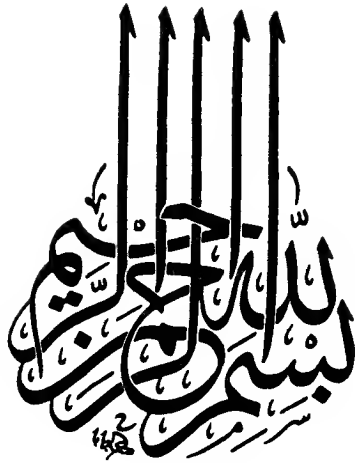
الدكتور

عبد بن عبد المحسن التركي

الجزء الثامن

دار عالم الكتب

للطباعة والنشر والتوزيع
الرياض



المَغْنَمُ

حقوق الطبع محفوظة
الطبعة الأولى
١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م
الطبعة الثانية
١٤١٢ هـ = ١٩٩٢ م
الطبعة الثالثة
١٤١٧ هـ = ١٩٩٧ م
مصححة ، منقحة



العليا - غرب مؤسسة التحلية - ت : ٤٦٥١٦٨٩ / ٤٦٣١٧٢٢
ص . ب . ٦٤٦٠ - الرياض ١١٤٤٢ - تليفاكس : ٤٦٣١٣٣٦
المملكة العربية السعودية

دَارُ عَالَمِ الْكُتُبِ
للطباعة والنشر والتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

/ كتاب الإجازات

٧٨/٥ و

الأصل في جَوَازِ الإِجَارَةِ الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ ، وَالْإِجْمَاعُ . أَمَّا الْكِتَابُ . فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ ^(١) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ ﴾ . قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنَكِّحَكَ بِحَدَى ابْنَتِي هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّجَ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ ﴾ ^(٢) . وَرَوَى ابْنُ مَاجَةَ فِي « سُنَنِهِ » ^(٣) عَنْ عُتْبَةَ بْنِ النُّدُرِ ، قَالَ : كُنَّا عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَرَأَ : ﴿ طَسَ ﴾ حَتَّى إِذَا بَلَغَ قِصَّةَ مُوسَى ، قَالَ : « إِنَّ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ أَجَرَ نَفْسَهُ ثَمَانِي حَجَّجَ ، أَوْ عَشْرًا ، عَلَى عِفَّةٍ فَرَجِهِ ، وَطَعَامِ بَطْنِهِ » . وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَنْ يَنْقَضَ فَأَقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴾ ^(٤) . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ اخْتِذِ الْأَجْرِ عَلَى إِقَامَتِهِ . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَثَبَّتَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، وَأَبَا بَكْرٍ ، اسْتَأْجَرَا رَجُلًا مِنْ بَنِي الدَّبِيلِ هَادِيًا خَرِيَّتًا ^(٥) . وَرَوَى الْبُخَارِيُّ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ : ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصَمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ؛ رَجُلٌ أُعْطِيَ بِي ثُمَّ غَدَرَ ، وَرَجُلٌ بَاعَ خُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ ، وَرَجُلٌ

(١) سورة الطلاق ٦ .

(٢) سورة القصص ٢٦ ، ٢٧ .

(٣) في : باب إجارة الأجير على طعام بطنه ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٧/٢ .

(٤) سورة الكهف ٧٧ .

(٥) الخريت : هو الماهر بالهداية .

والحديث أخرجه البخاري ، في : باب استئجار المشركين عند الضرورة ... ، وباب إذا استأجر أجيرًا يعمل له بعد ثلاثة أيام ... ، من كتاب الإجارة ، وفي : باب هجرة النبي ﷺ وأصحابه إلى المدينة ، من كتاب مناقب الأنصار . صحيح البخاري ١١٦/٣ ، ٧٦/٥ .

اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُوفِّهِ أَجْرَهُ ^(٦) . والأخبار في هذا كثيرة . وأجمع أهل العلم في كل عصر وكل مضر على جواز الإجارة ، إلا ما يحكى عن عبد الرحمن ابن الأصم ^(٧) أنه قال : لا يجوز ذلك ؛ لأنه غرر . يعنى أنه يعقد على منافع لم تخلق . وهذا غلط ، لا يمنع انعقاد الإجماع الذى سبق فى الأعصار ، وسار فى الأمصار ، والعبرة أيضا دالة/ عليها ؛ فإن الحاجة إلى المنافع كاللحاجة إلى الأغنيان ، فلما جاز العقد على الأغنيان ، وجب أن تجوز الإجارة على المتافع ، ولا يخفى ما بالناس من الحاجة إلى ذلك ، فإنه ليس لكل أحد دار يملكها ، ولا يقدر كل مسافر على بيع أو دابة يملكها ، ولا يلزم أصحاب ^(٨) الأملاك إسكانهم وحملهم تطوعا ، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر ، ولا يمكن كل أحد عمل ذلك ، ولا يجد متطوعا به ، فلا بد من الإجارة لذلك ، بل ذلك مما جعله الله تعالى طريقا للرزق ، حتى إن أكثر المكاسب بالصنائع . وما ذكره من الغرر ، لا يلتفت إليه ، مع ما ذكرنا من الحاجة ، فإن العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها ، لأنها تلتف بمضى الساعات ، فلا بد من العقد عليها قبل وجودها ، كالتسليم فى الأغنيان .

ظ ٧٨/٥

فصل : واشتقاق الإجارة من الأجر ، وهو العوض ، قال الله تعالى : ﴿ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴾ ^(٩) . ومنه سُمِّيَ الثَّوَابُ أَجْرًا ؛ لأن الله تعالى يعوض العبد به على طاعته ، أو صبره على مصيبته .

(٦) فى : باب إثم من باع حرا ، من كتاب البيوع ، وفى : باب إثم من منع أجر الأجير ، من كتاب الإجارة . صحيح البخارى ١٠٨/٣ ، ١١٨ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب أجر الأجراء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٥٨/٢ .

(٧) عبد الرحمن بن كيسان الأصم ، أبو بكر شيخ المعتزلة ، اشتهر بالكلام والأصول والفقه ، توفى سنة إحدى ومائتين . سير أعلام النبلاء ٤٠٢/٩ .

(٨) فى الأصل : « صاحب » .

(٩) سورة الكهف ٧٧ .

فصل : وهى نوع من البيع ، لأنها تمليك^(١٠) من كل واحد منهما لصاحبه ، فهى بيع المنافع ، والمنافع بمنزلة الأعيان ، لأنه^(١١) يصح تمليكها فى حال الحياة ، وبعد الموت ، وتضمن باليد والإثلاف ، ويكون عوضها عيناً ودينار . وإنما اختصت باسم كما اختص بعض البيوع باسم ، كالصرف ، والسلم . إذا ثبت هذا فإنها تتعقد بلفظ الإجارة والكراء ؛ لأنهما موضوعان لها . وهل تتعقد بلفظ البيع ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، تتعقد به ؛ لأنها بيع فالتعقد بلفظه ، كالصرف . والثانى ، لا تتعقد به ؛ لأن فيها معنى خاصاً ، فافتقرت إلى لفظ يدل على ذلك المعنى ، ولأن الإجارة تُضاف إلى العين / التى يُضاف إليها البيع إضافة واحدة ، فاحتيج إلى لفظ يُعرف ويُفرق بينهما ، كالعقود المتباينة ، ولأنه عقد يخالف البيع فى الحكم والاسم ، فأشبهه التكاخ .

فصل : ولا تصح إلا من جائز التصرف ؛ لأنه^(١٢) عقد تمليك فى الحياة ، فأشبهه البيع .

٨٩١ - مسألة ؛ قال : (وإذا وقعت الإجارة على مدة معلومة ، بأجرة معلومة ، فقد ملك المستأجر المنافع ، وملكت عليه الأجرة كاملة ، فى وقت العقد ، إلا أن يشترطاً أجلاً)

هذه المسألة تدل على أحكام ستة ؛ أحدها ، أن المعقود عليه المنافع . وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم : مالك ، وأبو حنيفة ، وأكثر أصحاب الشافعى . وذكر بعضهم أن المعقود عليه العين ؛ لأنها الموجودة ، والعقد يُضاف إليها ، فيقول : أجرتك دارى^(١٣) كما يقول : بعثكها^(١٤) . ولنا ، أن المعقود عليه هو المستوفى

(١٠) فى ب : « تملك » .

(١١) فى ب : « لأنها » .

(١٢) فى م : « لأنها » .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

بالعقد ، وذلك هو المنافع دون الأغيان ، ولأن الأجر في مُقَابِلَةِ الْمَنْفَعَةِ ، ولهذا تُضْمَنُ
دُونَ الْعَيْنِ ، وما كان الْعَوْضُ في مُقَابِلَتِهِ ، فهو الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ ، وإنما أُضِيفَ الْعَقْدُ إِلَى
الْعَيْنِ لِأَنَّهَا مَحَلُّ الْمَنْفَعَةِ وَمَنْشُؤُهَا ، كما يُضَافُ عَقْدُ الْمُسَاقَاةِ إِلَى الْبُسْتَانِ وَالْمَعْقُودُ
عَلَيْهِ الثَّمَرَةُ . ولو قال : أَجْرُكَ مَنَفَعَةٌ دَارِي . جاز . الثاني ، أَنَّ الْإِجَارَةَ إِذَا وَقَعَتْ
عَلَى مُدَّةٍ يَجِبُ أَنْ تَكُونَ مَعْلُومَةً ، كَشَهْرِ وَسَنَةٍ . ولا خِلَافَ فِي هَذَا نَعْلَمُهُ ، لِأَنَّ الْمُدَّةَ
هِيَ الضَّابِطَةُ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، الْمَعْرِفَةُ لَهُ ، فَوَجِبَ أَنْ تَكُونَ مَعْلُومَةً ، كَعَدَدِ الْمَكِيلَاتِ
فِيمَا بَيْعَ بِالْكَيْلِ . / فَإِنْ قَدَّرَ الْمُدَّةَ بِسَنَةٍ مُطْلَقَةٍ ، حُمِلَ عَلَى سَنَةِ الْأَهْلَةِ ؛ لِأَنَّهَا الْمَعْقُودَةُ
فِي الشَّرْعِ ، قال الله تعالى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ
وَالْحَجِّ ﴾ ^(١) فَوَجِبَ أَنْ يُحْمَلَ الْعَقْدُ عَلَيْهِ . فَإِنْ شَرَطَ هِلَالِيَّةً ، كَانَ تَأْكِيدًا ، وَإِنْ
قال : عَدَدِيَّةً ، أَوْ سَنَةً بِالْأَيَّامِ . كَانَ لَهُ ثَلَاثُمِائَةٍ وَسِتُّونَ يَوْمًا ؛ لِأَنَّ الشَّهْرَ الْعَدَدِيَّ
يَكُونُ ثَلَاثِينَ يَوْمًا . وَإِنْ اسْتَأْجَرَ سَنَةً هِلَالِيَّةً أَوَّلَ الْهِلَالِ ، عَدَّ اثْنَيْ عَشَرَ شَهْرًا بِالْأَهْلَةِ ،
سواءً كَانَ الشَّهْرُ تَامًا أَوْ نَاقِصًا ؛ لِأَنَّ الشَّهْرَ الْهِلَالِيَّ مَا بَيْنَ الْهِلَالَيْنِ ، يَنْقُصُ مَرَّةً وَيَزِيدُ
أُخْرَى . وَإِنْ كَانَ الْعَقْدُ فِي أَثْنَاءِ شَهْرٍ ، عَدَّ مَا بَقِيَ مِنَ الشَّهْرِ ، وَعَدَّ بَعْدَهُ أَحَدَ عَشَرَ
شَهْرًا بِالْهِلَالِ ، ثُمَّ كَمَلَ الشَّهْرَ الْأَوَّلَ بِالْعَدَدِ ثَلَاثِينَ يَوْمًا ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّرَ إِثْمَامُهُ بِالْهِلَالِ ،
فَتَمَّ مَنَاهُ ^(٢) بِالْعَدَدِ ، وَأَمَكَنَ اسْتِيفَاءُ مَا عَدَاهُ بِالْهِلَالِ ، فَوَجِبَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ الْأَصْلُ .
وَحُكِيَ عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ يُسْتَوْفَى الْجَمِيعُ بِالْعَدَدِ ؛ لِأَنَّهَا مُدَّةٌ يُسْتَوْفَى بِعَظْمِهَا
بِالْعَدَدِ ، فَوَجِبَ اسْتِيفَاءُ جَمِيعِهَا بِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ الْمُدَّةُ شَهْرًا وَاحِدًا ، وَلِأَنَّ الشَّهْرَ
الْأَوَّلَ يَنْبَغِي أَنْ يُكْمَلَ مِنَ الشَّهْرِ الَّذِي يَلِيهِ ، فَيَحْصُلُ ابْتِدَاءُ الشَّهْرِ الثَّانِي فِي ^(٣) أَثْنَائِهِ ،
فَكَذَلِكَ كُلُّ شَهْرٍ يَأْتِي بَعْدَهُ . وَلِأَنِّي حَنِيفَةٌ وَالشَّافِعِيُّ كَالرُّوَائِيَيْنِ . وَهَكَذَا إِنْ كَانَ
الْعَقْدُ عَلَى أَشْهُرٍ دُونَ السَّنَةِ . وَإِنْ جَعَلَا الْمُدَّةَ ^(٤) سَنَةً رُومِيَّةً أَوْ شَمْسِيَّةً أَوْ فَارِسِيَّةً

٧٩/٥ ط

(٢) سورة البقرة ١٧٩ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « فَمِنْهَا » . وَبِ : « فَمِنْ » .

(٤) فِي ب : « مِنْ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : ب .

أو قِبْطِيَّةً ، و كانا يَعْلَمَانِ ذلك ، جازَ ، و / كان له ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً ، فإنَّ
الشُّهُورَ الرُّومِيَّةَ منها سَبْعَةٌ أَحَدُ وَثَلَاثُونَ يوماً ، وأَرْبَعَةٌ ثَلَاثُونَ يوماً ، وشَهْرٌ واحدٌ ثمانية
وعِشْرُونَ يوماً ، وشُهُورُ القِبْطِ كُلُّهَا ثَلَاثُونَ ثَلَاثُونَ ، وزَادُوا خَمْسَةَ أَيَّامٍ لِتَسَاوِيَ
سَنَّتُهُمُ السَّنَةَ الرُّومِيَّةَ . وإن كان أَحَدُهُمَا يَجْهَلُ ذلك ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ المُدَّةَ مَجْهُولَةٌ
في حَقِّهِ . وإن أَجَرَهُ إلى العِيدِ ، انصَرَفَ إلى الذي يَلِيهِ ، وتَعَلَّقَ بِأَوَّلِ جُزْءٍ مِنْهُ ؛ لأنَّهُ جَعَلَهُ
غَايَةً ، فَتَنَّتْهُي مُدَّةُ الإِجَارَةِ بِأَوَّلِهِ . وقال القاضي : لا بُدَّ من تَعْيِينِ العِيدِ فِطْرًا أو
أَضْحَى ، من هذه السَّنَةِ أو سَنَةِ كَذَا . وكذلك الحُكْمُ إن عُلِّقَ بِشَهْرٍ يَقَعُ اسْمُهُ على
شَهْرَيْنِ ، كَجُمَادَى وَرَبِيعٍ ، يَجِبُ على قَوْلِهِ أن يَذْكُرَ الأوَّلَ أو الثَّانِي ، من سَنَةِ كَذَا .
وإن عُلِّقَ بِشَهْرٍ مُفْرَدٍ ، كَرَجَبٍ وَشَعْبَانَ ، فلا بد أن يُبَيِّنَهُ من أَيِّ سَنَةٍ . وإن عُلِّقَ بِيَوْمٍ ،
فلا بُدَّ على قَوْلِهِ أن يُبَيِّنَهُ من أَيِّ أُسْبُوعٍ . وإن عُلِّقَ بِعِيدٍ من أعيادِ الكُفَّارِ ، صَحَّ إذا
عَلِمَاهُ ، وإلَّا لم يَصِحَّ ، وقد مَضَى نَحْوُ من هذا .

فصل : ولا يُشْتَرَطُ في مُدَّةِ الإِجَارَةِ أن تَلِيَ العَقْدَ ، بل / لو أَجَرَهُ سَنَةَ خَمْسٍ ، وهما
في سَنَةِ ثَلَاثٍ ، أو شَهْرَ رَجَبٍ في المُحَرَّمِ . صَحَّ ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال
الشافعي : لا يَصِحُّ إلا أن^(٦) يَسْتَأْجِرَهَا مَنْ هِيَ في إِجَارَتِهِ ، ففيه قَوْلَانِ ؛ لأنَّهُ عَقْدٌ على
ما لا يُمْكِنُ تَسْلِيمُهُ في الحالِ ، فَأَشْبَهَ إِجَارَةَ العَيْنِ المَعْصُومَةِ . قال : ولا يجوزُ أن يَكْتَرِيَ
بَعِيرًا بِعَيْنِهِ إلا عند خُرُوجِهِ ؛ لذلك . ولنا ، أنَّها^(٧) مُدَّةٌ يجوزُ العَقْدُ عليها مع غيرها ،
فجازَ العَقْدُ عليها مُفْرَدَةً مع عُمُومِ الناسِ ، كالتى تَلِي العَقْدَ ، وإنما تُشْتَرَطُ القُدْرَةُ على
التَّسْلِيمِ عند وَجوبِ التَّسْلِيمِ كالمُسْلَمِ فيه ، ولا يُشْتَرَطُ وُجُودُهُ ولا القُدْرَةُ عليه حالَ
العَقْدِ ، ولا فَرْقٌ بين كونها مَشْغُولَةً أو غيرَ مَشْغُولَةٍ ؛ لما ذَكَرْنَاهُ ، وما ذَكَرَهُ^(٨) يَنْطَلُ

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) في م : أن هذه .

(٨) في م : ذكره .

بما إذا أجزها من المُكْتَرَى ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ مَعَ مَا ذَكَرَهُ^(٩) . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ إِجَارَةَ
 إِنْ كَانَتْ عَلَى مُدَّةٍ تَلِي الْعَقْدَ ، لَمْ يَحْتَاجْ إِلَى ذِكْرِ ابْتِدَائِهَا مِنْ حِينَ الْعَقْدِ ، وَإِنْ كَانَتْ
 لَا تَلِيهِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ ابْتِدَائِهَا ، لِأَنَّهُ أَحَدُ طَرَفَيْ الْعَقْدِ ، فَاحْتِجَ إِلَى مَعْرِفَتِهِ ،
 كَالِابْتِهَاءِ . وَإِنْ أَطْلُقَ . فَقَالَ : أَجَرْتُكَ سَنَةً ، أَوْ شَهْرًا . صَحَّ / وَكَانَ ابْتِدَاؤُهُ مِنْ حِينَ
 الْعَقْدِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَبْنَى حَنِيفَةً . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ . وَبَعْضُ أَصْحَابِنَا : لَا يَصِحُّ
 حَتَّى يُسَمَّى الشَّهْرَ ، وَيَذْكُرَ أَيْ سَنَةً هِيَ ؛ فَإِنَّ أَحْمَدَ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ سَعِيدٍ :
 إِذَا اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا شَهْرًا ، فَلَا يَجُوزُ حَتَّى يُسَمَّى الشَّهْرَ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى إِنْخِبَارًا عَنْ
 شُعَيْبٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ : ﴿ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ ﴾^(١٠) . وَلَمْ يَذْكُرْ
 ابْتِدَاءَهَا . وَلِأَنَّهُ تَقْدِيرٌ بِمُدَّةٍ لَيْسَ فِيهَا قُرْبَةٌ ، فَإِذَا أَطْلَقَهَا^(١١) ، وَجَبَ أَنْ تَلِيَ السَّبَبَ
 الْمَوْجِبَ^(١٢) ، كَمُدَّةِ السَّلَمِ وَالْإِيلَاءِ ، وَتَفَارِقِ التَّنْذَرِ ؛ فَإِنَّهُ قُرْبَةٌ .

فصل : وَلَا تَقْدَرُ أَكْثَرُ مُدَّةِ إِجَارَةِ الْعَيْنِ الْمُدَّةَ الَّتِي تَبْقَى فِيهَا
 وَإِنْ كَثُرَتْ . وَهَذَا قَوْلُ كَافَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ . إِلَّا أَنَّ أَصْحَابَ الشَّافِعِيِّ اخْتَلَفُوا فِي مَذْهَبِهِ ،
 فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَهُ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، كَقَوْلِ سَائِرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ . الثَّانِي ،
 لَا يَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْ سَنَةٍ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ لَا تَدْعُو إِلَى أَكْثَرِ مِنْهَا . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَهُ قَوْلٌ ثَالِثٌ ،
 أَنَّهَا لَا تَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْ ثَلَاثِينَ سَنَةً ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ أَنَّ الْأَعْيَانَ لَا تَبْقَى أَكْثَرُ مِنْهَا ، وَتَتَغَيَّرُ
 الْأَسْعَارُ وَالْأَجُورُ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى إِنْخِبَارًا عَنْ شُعَيْبٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ ، أَنَّهُ قَالَ : ﴿ عَلَى
 أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ ﴾^(١٣) ، وَشَرَعُ مِنْ قَبْلُنَا شَرَعٌ
 لَنَا مَا لَمْ يَقُمْ عَلَى نَسْخِهِ دَلِيلٌ . وَلِأَنَّ مَا جَازَ الْعَقْدَ عَلَيْهِ سَنَةً ، جَازَ أَكْثَرُ مِنْهَا ، كَالْبَيْعِ

(٩) فِي الْأَصْلِ : « ذَكَرْنَاهُ » . وَفِي : « ذَكَرُوهُ » .

(١٠) سُورَةُ الْقَصَصِ ٢٧ .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « أَطْلَقَا » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

وَالنِّكَاحَ وَالْمُسَاقَاةَ ، وَالتَّقْدِيرُ بِسَنَةِ / وَثَلَاثِينَ ، تَحَكُّمٌ لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ أَوَّلَى مِنَ التَّقْدِيرِ بِزِيَادَةِ عَلَيْهِ أَوْ نُقْصَانِهِ مِنْهُ . وَإِذَا اسْتَأْجَرَهُ سِنِينَ ، لَمْ يَحْتَجْ إِلَى تَقْسِيطِ الْأَجْرِ عَلَى كُلِّ سَنَةٍ ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ ، كَالْوِاسْتَأْجَرِ سَنَةً لَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى تَقْسِيطِ أَجْرِ كُلِّ شَهْرٍ ، بِالِاتِّفَاقِ . وَلَوْ اسْتَأْجَرَ شَهْرًا ، لَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى تَقْسِيطِ أَجْرِ كُلِّ يَوْمٍ . وَلِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ كَالْأَعْيَانِ فِي الْبَيْعِ ، وَلَوْ اشْتَمَلَتِ الصَّفَقَةُ عَلَى أَعْيَانٍ ، لَمْ يَلْزَمْهُ تَقْدِيرُ ثَمَنِ كُلِّ عَيْنٍ ، كَذَلِكَ هُنَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ كَقَوْلِنَا ، وَفِي الْآخَرِ : يَفْتَقِرُ إِلَى تَقْسِيطِ أَجْرِ كُلِّ سَنَةٍ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ تَحْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ السِّنِينَ ، فَلَا نَأْمَنُ^(١٣) أَنْ يَنْفَسِخَ الْعَقْدُ ، فَلَا يَعْلَمُ بِمَرِّ جُعٍ . وَهَذَا يَبْطُلُ بِالشُّهُورِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى تَقْسِيطِ الْأَجْرِ عَلَيْهَا ، مَعَ الْإِحْتِمَالِ الَّذِي ذَكَرُوهُ .

فصل : والإجارة على ضربين ؛ أحدهما ، أن يعقدها على مدة . والثاني ، أن يعقدها على عمل معلوم ، كبناء حائط ، وخطاطة قميص ، وحمل إلى موضع معين . فإذا كان المستأجر ممَّا له عمل كالحيوان ، جاز فيه الوجهان ؛ لأنَّ له عملاً تتقدَّر منافعُه به ، وإن لم يكن له عمل كالدار والأرض ، لم يجز إلا على مدة . ومتى تقدَّرت المدة ، لم / يجز تقدير العمل . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا يَزِيدُهَا غَرًّا ، لِأَنَّهُ قَدْ يَفْرُغُ مِنَ الْعَمَلِ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ ، فَإِنْ اسْتُعْمِلَ فِي بَقِيَّةِ الْمُدَّةِ ، فَقَدْ زَادَ عَلَى مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، وَإِنْ لَمْ يَعْمَلْ كَانَ تَارِكًا لِلْعَمَلِ فِي بَعْضِ الْمُدَّةِ ، وَقَدْ لَا يَفْرُغُ مِنَ الْعَمَلِ فِي الْمُدَّةِ ، فَإِنْ أَتَمَّهُ عَمِلَ فِي غَيْرِ الْمُدَّةِ ، وَإِنْ لَمْ يَعْمَلْهُ لَمْ يَأْتِ بِمَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، وَهَذَا غَرٌّ أَمْكَنَ التَّحَرُّزُ عَنْهُ ، وَلَمْ يُوجَدْ مِثْلُهُ فِي مَحَلِّ الْوَفَاقِ ، فَلَمْ يَجْزِ الْعَقْدُ مَعَهُ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ أَكْثَرَى دَابَّةً إِلَى مَوْضِعٍ ، عَلَى أَنْ يَدْخُلَهُ فِي ثَلَاثٍ ، فَدَخَلَهُ فِي سِتٍّ ، فَقَالَ : قَدْ أَضَرَّ بِهِ . فَقِيلَ : يَرِجُّعُ عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ ؟ قَالَ : لَا ، يُصَالِحُهُ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ تَقْدِيرِهِمَا جَمِيعًا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدِ بْنِ

(١٣) ف ب م ، : يَأْمَنُ ، .

الْحَسَنَ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ مَقْهُودَةٌ عَلَى الْعَمَلِ ، وَالْمُدَّةُ مَذْكُورَةٌ لِلتَّعْجِيلِ ، فَلَا يَمْتَنِعُ ^(١٤) ذَلِكَ . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا قَرَعَ الْعَمَلُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ ، لَمْ يَلْزَمُهُ الْعَمَلُ فِي بَقِيَّتِهَا ؛ لِأَنَّهُ وَفَى مَا عَلَيْهِ قَبْلَ مُدَّتِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ آخَرُ ، كَمَا لَوْ قَضَى الدَّيْنُ قَبْلَ أَجَلِهِ ، وَإِنْ مَضَتْ الْمُدَّةُ قَبْلَ الْعَمَلِ ، فَلِلْمُسْتَأْجِرِ فُسْخُ الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَجِيرَ لَمْ يَفِ لَهُ بِشَرْطِهِ . وَإِنْ رَضِيَ بِالْبَقَاءِ عَلَيْهِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْأَجِيرُ الْفُسْخَ ؛ لِأَنَّ الْإِحْلَالَ بِالشَّرْطِ مِنْهُ ، فَلَا يَكُونُ ذَلِكَ وَسِيلَةً لَهُ إِلَى الْفُسْخِ ، كَمَا لَوْ تَعَذَّرَ أَدَاءُ الْمُسْلِمِ فِيهِ فِي وَقْتِهِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ الْفُسْخَ ، وَيَمْلِكُهُ الْمُسْلِمُ . فَإِنْ اخْتَارَ إِمْضَاءَ الْعَقْدِ ، طَالَ بِهُ بِالْعَمَلِ لَا غَيْرُ ، كَالْمُسْلِمِ ^(١٥) إِذَا صَبَرَ عِنْدَ تَعَذُّرِ الْمُسْلِمِ فِيهِ إِلَى حِينِ وَجُودِهِ . لَمْ يَكُنْ لَهُ أَكْثَرُ مِنَ الْمُسْلِمِ فِيهِ . وَإِنْ فَسَخَ الْعَقْدَ قَبْلَ عَمَلِ شَيْءٍ مِنَ الْعَمَلِ ، سَقَطَ الْأَجْرُ وَالْعَمَلُ . وَإِنْ كَانَ بَعْدَ عَمَلِ شَيْءٍ مِنْهُ ، فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ قَدْ انْفَسَخَ ، فَسَقَطَ الْمُسَمَّى ، وَرَجَعَ إِلَى أَجْرِ الْمِثْلِ .

فصل : ومن اُكْتَرَى دَابَّةً إِلَى الْعِشَاءِ ، فَأَخِرُ الْمُدَّةِ إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : آخِرُهَا زَوَالُ الشَّمْسِ ؛ لِأَنَّ الْعِشَاءَ آخِرُ النَّهَارِ ، وَآخِرُ النَّهَارِ النُّصْفُ الْآخَرُ مِنَ الزَّوَالِ ، وَلِذَلِكَ جَاءَ فِي حَدِيثِ ذِي الْيَدَيْنِ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، قَالَ : صَلَّى بِنَا النَّبِيِّ ﷺ إِحْدَى صَلَاتَيْ الْعِشَاءِ يَعْنِي ^(١٦) الظُّهْرَ أَوْ الْعَصْرَ ^(١٧) . هَكَذَا تَفْسِيرُهُ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوَرَاتٍ لَكُمْ ﴾ ^(١٧) يَعْنِي الْعَتَمَةَ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَوْلَا أَنْ أَشُقَّ عَلَى أُمَّتِي لِأَخَّرْتُ الْعِشَاءَ إِلَى ثَلَاثِ اللَّيْلِ » ^(١٨) . وَإِنَّمَا تَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِغُرُوبِ الشَّمْسِ ، لِأَنَّ هَذِهِ

(١٤) فِي ب : يَمْتَنِعُ .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : وَكَالْمُسْلِمِ .

(١٦ - ١٧) فِي الْأَصْلِ : صَلَاةُ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ .

وَتَقْدِمُ تَخْرِيجُ الْحَدِيثِ فِي : ٤٠٤/٢ .

(١٧) سُورَةُ النُّورِ ٥٨ . وَلَمْ يَرِدْ فِي ب ، م : ثَلَاثُ عَوَرَاتٍ لَكُمْ .

(١٨) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي : ٤٢/٢ .

الصَّلَاةُ تُسَمَّى ^(١٩) الْعِشَاءَ الْآخِرَةَ ، فدلَّ ^(٢٠) على أَنَّ / الْأَوَّلَى الْمَغْرِبُ ، وهو في ٥ / ط
الْعَرَفِ كَذَلِكَ ، فَوَجِبَ أَنْ يَتَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ إِذَا جُعِلَتْ إِلَى وَقْتٍ تَعَلَّقَتْ بِأَوَّلِهِ ،
كَأَلَوْ جَعَلَهَا إِلَى اللَّيْلِ . وما ذَكَرُوهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ لَفْظَ الْعِشَاءِ غَيْرُ لَفْظِ الْعِشَاءِ ، فلا
يَجُوزُ الْاجْتِجَاعُ بِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ، حَتَّى يَقُومَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ مَعْنَى اللَّفْظَيْنِ وَاحِدٌ .
ثُمَّ لَوْ ثَبَتَ أَنَّ مَعْنَاهُمَا وَاحِدٌ ، غَيْرَ أَنَّ أَهْلَ الْعَرَفِ لَا يَعْرِفُونَهُ ، فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ .
وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا اكْتَرَاهَا إِلَى الْعِشَاءِ ؛ لِأَنَّ أَهْلَ الْعَرَفِ لَا يَعْرِفُونَ غَيْرَ مَا ذَكَرْنَاهُ .
وَإِنْ اكْتَرَاهَا إِلَى اللَّيْلِ ، فَهُوَ إِلَى أَوَّلِهِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ اكْتَرَاهَا إِلَى النَّهَارِ ، فَهُوَ إِلَى أَوَّلِهِ .
وَيَنْخَرُجُ أَنْ يَدْخُلَ اللَّيْلُ فِي الْمُدَّةِ الْأَوَّلَى ، وَالتَّهَارُ فِي الثَّانِيَةِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي ^(٢١) مُدَّةِ
الْخِيَارِ ^(٢٢) ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ . وَإِنْ اكْتَرَاهَا نَهَارًا فَهُوَ إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ . وَإِنْ اكْتَرَاهَا
لَيْلَةً ، فَهِيَ إِلَى طُلُوعِ الْفَجْرِ ، فِي قَوْلِ الْجَمِيعِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ فِي لَيْلَةِ الْقَدْرِ :
﴿ سَلَامٌ هِيَ حَتَّى مَطْلَعِ الْفَجْرِ ﴾ ^(٢٣) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ أَجَلٌ لَكُمْ لَيْلَةُ الصِّيَامِ
الرَّفْتُ إِلَى نِسَائِكُمْ ﴾ ثُمَّ قَالَ : ﴿ فَالآنَ بَاشِرُوهُمْ وَأَبْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا
وَأَشْرَبُوا حَتَّى يَبَيِّنَ لَكُمْ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتِمُوا الصِّيَامَ
إِلَى اللَّيْلِ ﴾ ^(٢٤) .

فصل : وَإِنْ اكْتَرَى فُسْطَاطًا إِلَى مَكَّةَ ، وَلَمْ يَقُلْ مَتَى أُخْرَجُ ^(٢٥) ، فَالْكَرَاءُ فَاسِدٌ .
وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يَجُوزُ اسْتِحْسَانًا ،

= ويضاف إليه : وأخرجه مسلم ، في : باب وقت العشاء وتأخيرها ، من كتاب المساجد ومواضع الصلاة .
صحيح مسلم ٤٤٢/١ .

(١٩) في ب زيادة : « بصلاة » .

(٢٠) في الأصل ، ب : « فدل » .

(٢١ - ٢٢) في الأصل : « هذه الأخبار » .

(٢٢) سورة القدر ٥ .

(٢٣) سورة البقرة ١٨٧ .

(٢٤) سقط من : الأصل .

بِخِلَافِ الْقِيَاسِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مُدَّةٌ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ الْإِتِّدَاءِ ، فَلَمْ يَحْزَ ، كَمَا لَوْ^(٢٥) قَالَ :
أَجْرُكَ دَارِي مِنْ حِينَ يَخْرُجُ^(٢٦) الْحَاجُّ إِلَى آخِرِ السَّنَةِ . وَقَدْ اعْتَرَفُوا بِمُخَالَفَتِهِ
لِلدَّلِيلِ ، وَمَا ادَّعَوْهُ دَلِيلًا لَا تُسَلَّمُ كَوْنُهُ دَلِيلًا .

فصل : الحكم الثالث ، أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي عَوَضِ الْإِجَارَةِ كَوْنُهُ مَعْلُومًا . لَا نَعْلَمُ فِي
ذَلِكَ خِلَافًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ عَوَضٌ فِي عَقْدِ مُعَاوَضَةٍ ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا ، كَالْتَمَنِ
فِي الْبَيْعِ ، وَقَدْ رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا ، فَلْيُعْلِمْهُ
أَجْرَهُ »^(٢٧) . وَيُعْتَبَرُ الْعِلْمُ بِالرُّؤْيَةِ أَوْ بِالصِّفَةِ كَالْبَيْعِ سَوَاءً . فَإِنْ كَانَ الْعَوَضُ مَعْلُومًا
بِالْمُشَاهَدَةِ دُونَ الْقَدْرِ ، كَالصَّبْرِ ، اِحْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ، أَشْبَهُهُمَا الْجَوَازُ ؛ لِأَنَّهُ عَوَضٌ
مَعْلُومٌ يَجُوزُ بِهِ الْبَيْعُ ، فَجَازَتْ بِهِ الْإِجَارَةُ ، كَمَا لَوْ عَلِمَ قَدْرَهُ . وَالثَّانِي : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ
قَدْ يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ بَعْدَ تَلَفِ الصَّبْرِ ، فَلَا يَدْرِي بِكَمْ يَرْجِعُ ، فَاشْتَرَطَ مَعْرِفَةَ قَدْرِهِ
كَعَوَضِ الْمُسَلَّمِ فِيهِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ أَنَّ الْعِلْمَ بِالْقَدْرِ فِي عَوَضِ
السَّلَمِ لَيْسَ بِشَرْطٍ ، ثُمَّ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْمَنْفَعَةَ هُنَا أُجْرِيَتْ مُجْرَى الْأَعْيَانِ ؛ / لِأَنَّهَا
مُتَعَلِّقَةٌ بِعَيْنٍ حَاضِرَةٍ ، وَالسَّلَمُ يَتَعَلَّقُ بِمَعْدُومٍ ، فَافْتَرَقَا ، وَلِلشَّافِعِيِّ نَحْوُ مَا ذَكَرْنَا
فِي هَذَا الْفَصْلِ . .

و ٨٣/٥

فصل : وَكُلُّ مَا جَازَ ثَمَنًا فِي الْبَيْعِ ، جَازَ عَوَضًا فِي الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ
أَشْبَهَ الْبَيْعِ . فَعَلِيَ هَذَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْعَوَضُ عَيْنًا وَمَنْفَعَةً أُخْرَى ، سَوَاءً كَانَ الْجِنْسُ
وَاحِدًا ، كَمَنْفَعَةِ دَارٍ بِمَنْفَعَةٍ^(٢٨) أُخْرَى ، أَوْ مُخْتَلِفًا ، كَمَنْفَعَةِ دَارٍ بِمَنْفَعَةِ عَبْدٍ ، قَالَ

(٢٥) سقط من : م .

(٢٦) سقط من : ب .

(٢٧) أخرجه النسائي ، في : باب الثالث من الشروط فيه المزارعة والوثائق ، من كتاب المزارعة . المجتبى ٢٩/٧
موقوفاً على أبي سعيد . والبيهقي ، في : باب لا يجوز الإجارة حتى تكون معلومة ... ، من كتاب الإجارة . سنن
البيهقي ١٢٠/٦ . وابن أبي شيبة ، في : باب من كره أن يستعمل الأجير حتى يبين له أجره ، من كتاب البيوع
والأقضية . المصنف ٣٠٣/٦ .

(٢٨) في ب زيادة : « دار » .

أحمد : لا بأس أن يَكْتَرِيَ بِطَعَامٍ مَوْصُوفٍ مَعْلُومٍ . وبهذا كله قال الشافعي ، قال الله تعالى إخباراً عن شعيب ، أنه قال : ﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَتَكَحَّلَ بِأُخْتَيْ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرْنِي ثَمَانِي حَجَجٍ ﴾ فجعل النكاح عوض الإجارة . وقال أبو حنيفة ؛ فيما حكى عنه : لا تجوز إجارة دار بسكنى أخرى ، ولا يجوز إلا^(٢٩) أن يختلف جنس المنفعة ، كسكنى دار بمنفعة بهيمة ؛ لأن الجنس الواحد عنده يحرم النساء . وكرة الثوري ؛ الإجارة بطعام موصوف . والصحيح جوازه ، وهو قول إسحاق ، وأصحاب الرأي ، وقياس قول الشافعي ؛ لأنه عوض يجوز في البيع ، فجاز في الإجارة ، كالذهب والفضة . وما قاله أبو حنيفة لا يصح ؛ لأن المنافع في الإجارة ليست في تقدير النسيئة ، ولو كانت نسيئة ما جاز في جنسين ؛ لأنه يكون بيع دين بدين .

فصل : ولو استأجر رجلاً ليسلخ له بهيمة بجلدها ، لم يجز ؛ لأنه لا يعلم هل يخرج الجلد سليماً أو لا ، وهل هو ثخين أو رقيق ، ولأنه لا يجوز أن يكون ثمناً في البيع ، فلا يجوز أن يكون عوضاً في الإجارة ، كسائر المجهولات . فإن سلخه بذلك ، فله أجر مثله . وإن استأجره لطرح ميتة بجلدها ، فهو أبلغ في الفساد ؛ لأن جلد الميتة نجس لا يجوز بيعه ، وقد خرج بموته عن كونه ملكاً . وإن فعل ، فله أجر مثله أيضا .

فصل : ولو استأجر راعي الغنم بثلث درهما وسلها وصوفها وشعرها ، أو نصفه ، أو جميعه ، لم يجز . نص عليه أحمد ، في رواية جعفر بن محمد النسائي^(٣٠) ؛ لأن الأجر غير معلوم ، ولا يصلح عوضاً في البيع . وقال إسماعيل بن سعيد : سألت أحمد عن الرجل يدفع البقرة إلى الرجل ، على أن يغلفها ويحفظها^(٣١) ، وما ولدت من ولد مثله أيضا .

(٢٩) سقط من : م .

(٣٠) جعفر بن محمد النسائي ، روى عن الإمام أحمد أجزاء صالحة ، ومسائل كثيرة ، وقتل بمكة ، في شيء من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر . طبقات الخنابلة ١/ ١٢٤ .

(٣١) في الأصل : ويحفظها .

بينهما . فقال : أكره ذلك . وبه قال أبو (٣٢) أيوب ، وأبو حنيفة (٣٣) . ولا أعلم فيه مخالفاً ؛ وذلك لأن العوض مجهول معدوم ، ولا يدرى أيوجد أم لا ، والأصل عدمه ، ولا يصح أن يكون ثمنا . فإن قيل : فقد جوزتم دفع الدابة إلى من يعمل / عليها ينصف ربها . قلنا : إنما جازتم تشبيها بالمضاربة ؛ لأنها عين تنمي بالعمل ، فجاز اشتراط جزء من النماء ، (٣٤) والمساواة كالمضاربة ، وفي مسألتنا لا يمكن ذلك ؛ لأن النماء (٣٥) الحاصل في العنم لا يقف حصوله على عمله فيها ، فلم يمكن إلحاقه بذلك . وإن استأجره على رعايتها مدة معلومة ، ينصفها ، أو جزء معلوم (٣٦) منها ، صح ؛ لأن العمل والأجر والمدة معلوم ، فصح ، كما لو (٣٧) جعل الأجر دراهم ، ويكون النماء الحاصل بينهما بحكم الملك ، لأنه ملك الجزء المجعول له منها في الحال ، فيكون له ثماؤه ، كما لو اشتراه .

ظ ٨٣/٥

فصل : الحكم الرابع ، أن الإجارة إذا تمنت ، وكانت على مدة ، ملك المستأجر المنافع المعقود عليها إلى المدة ، ويكون حذوئها على ملكه . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : نتحدث على ملك المؤجر ، ولا يملكها المستأجر بالعقد ؛ لأنها معدومة ، فلا تكون مملوكة ، كالثمرة والولد . ولنا ، أن الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص ، وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقبلية كان مالك العين يتصرف فيها كتصرفه في العين ، فلما أجزها صار المستأجر مالكا للتصرف فيها ، كما كان يملكه المؤجر ، فثبت أنها كانت مملوكة للمالك العين ، ثم انتقلت إلى المستأجر ، بخلاف الولد والثمرة ، فإن المستأجر لا يملك التصرف فيها . وقولهم : إن المنافع

(٣٢) سقط من : ب .

(٣٣) في الأصل : « وأبو حنيفة » .

(٣٤ - ٣٥) سقط من : الأصل . وسقط من ب قوله : « والمساواة » .

(٣٥) سقط من : م .

مَعْدُومَةٌ . قُلْنَا : هِيَ مُقَدَّرَةُ الْوُجُودِ ؛ لِأَنَّهَا جُعِلَتْ مَوْرِدًا لِلْعَقْدِ ، وَالْعَقْدُ لَا يَرِدُ إِلَّا عَلَى مَوْجُودٍ .

فصل : الحكم الخامس ، أن المؤجر يملك الأجرة بمجرد العقد ، إذا أطلق ولم يشترط المستأجر أجلًا ، كما يملك البائع الثمن بالبيع . وبهذا قال الشافعي . وقال مالك ، وأبو حنيفة : لا يملكها بالعقد ، فلا يستحق المطالبة بها إلا يومًا بيوم ، إلا أن يشترط تعجيلها . قال أبو حنيفة : إلا أن تكون معينة ، كالقوب والعبد والدار ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَاتَوْهُنْ أَجُورَهُنَّ ﴾ ^(٣٦) . فأمر بإتيانهن بعد الإرضاع ^(٣٧) ، وقال النبي ﷺ : « ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ، رَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُؤْفَ أَجْرُهُ » ^(٣٨) . فتوعّد على الامتناع من دفع الأجر بعد العمل . دلّ ^(٣٩) على أنها حالة الوجوب . وروى عنه عليه السلام أنه قال : « أُعْطُوا الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرْقُهُ » . رواه ابن ماجه ^(٤٠) ، ولأنه عوض لم يملك معوضه ، فلم يجب تسليمه ، كالعوض في العقد الفاسد ، فإن المنافع معدومة لم تملك ، ولو ملكت فلم يتسلمها ، لأنه يتسلمها شيئًا فشيئًا . فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم في العقد . ولنا ، أنه عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة ، فيستحق بمطلق العقد ، كالثمن والصداق . أو نقول : عوض في عقد / يتعجل بالشرط ، فوجب أن يتعجل بمطلق العقد ، كالذي ذكرنا ^(٤١) . فأما الآية فيحتمل أنه أراد الإتياء عند الشروع في الإرضاع ^(٤٢) ، أو تسليم نفسها ، كما قال تعالى : ﴿ فَإِذَا

(٣٦) سورة الطلاق ٦ .

(٣٧) في ب ، م : « الارتضاع » .

(٣٨) تقدم تخريجه في صفحة ٦ .

(٣٩) في م : « فدل » .

(٤٠) في : باب أجر الأجراء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٧/٢ .

(٤١) في الأصل : « ذكره » .

(٤٢) في م : « الرضاع » .

قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ ﴿٤٣﴾ . أى إذا أَرَدْتَ الْقِرَاءَةَ .
ولأنَّ هذا تَمَسُّكٌ بِدَلِيلِ الْخُطَابِ ، ولا يَقُولُونَ بِهِ ، وكذلك الْحَدِيثُ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ
الْأَمْرَ بِالْإِيْتَاءِ فِي وَقْتٍ لَا يَمْنَعُ وَجُوبَهُ قَبْلَهُ ، كَقَوْلِهِ : ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ
أُجُورَهُنَّ ﴾ ﴿٤٤﴾ . وَالصَّدَاقُ يَجِبُ قَبْلَ الْاسْتِمْتَاعِ ، وَهَذَا هُوَ الْجَوَابُ عَنْ
الْحَدِيثِ ، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ أَنَّهُ إِنَّمَا تَوَعَّدَ عَلَى تَرْكِ الْإِيْفَاءِ ^(٤٥) بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنَ الْعَمَلِ ، وَقَدْ
قُلْتُمْ : يَجِبُ الْأَجْرُ شَيْئًا فَشَيْئًا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ تَوَعَّدَهُ عَلَى تَرْكِ الْإِيْفَاءِ ^(٤٦) فِي الْوَقْتِ
الَّذِي تَتَوَجَّهُ الْمُطَالَبَةُ فِيهِ عَادَةً . جَوَابُ آخَرُ ، أَنَّ الْآيَةَ وَالْأَخْبَارَ إِنَّمَا وَرَدَتْ فِي مَنْ
اسْتَوْجَرَ عَلَى عَمَلٍ ، فَأَمَّا مَا وَقَعَتِ الْإِجَارَةُ فِيهِ عَلَى مُدَّةٍ ، فَلَا تَعْرُضُ ^(٤٧) لَهَا بِهِ ، وَأَمَّا
إِذَا كَانَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى عَمَلٍ ، فَإِنَّ الْأَجْرَ يُمْلِكُ بِالْعَقْدِ أَيْضًا ، لَكِنْ لَا يُسْتَحَقُّ تَسْلِيمُهُ
إِلَّا عِنْدَ تَسْلِيمِ الْعَمَلِ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : مَنْ اسْتَوْجَرَ لِعَمَلٍ مَعْلُومٍ ، اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ
عِنْدَ إِيْفَاءِ الْعَمَلِ ، وَإِنْ اسْتَوْجَرَ فِي كُلِّ يَوْمٍ بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ ، فَلَهُ أَجْرُ كُلِّ يَوْمٍ عِنْدَ تَمَامِهِ .
وَقَالَ أَبُو الْخُطَّابِ : الْأَجْرُ يُمْلِكُ بِالْعَقْدِ ، وَيُسْتَحَقُّ بِالتَّسْلِيمِ ، وَيَسْتَقِرُّ بِمُضِيِّ
الْمُدَّةِ ، وَإِنَّمَا تَوَقَّفَ اسْتِحْقَاقُ تَسْلِيمِهِ عَلَى الْعَمَلِ ؛ لِأَنَّهُ عِوَضٌ ، فَلَا يُسْتَحَقُّ تَسْلِيمُهُ
إِلَّا مَعَ تَسْلِيمِ الْمُعَوَّضِ ، كَالصَّدَاقِ وَالثَّمَنِ فِي الْمَبِيعِ ، وَفَارَقَ الْإِجَارَةَ عَلَى الْأَعْيَانِ ؛
لِأَنَّ تَسْلِيمَهَا جَرَى ^(٤٧) مَجْرَى تَسْلِيمِ نَفْعِهَا ، وَمَتَى كَانَ ^(٤٨) عَلَى مَنَفْعَةٍ فِي الدَّمَةِ ، لَمْ
يَحْصُلْ تَسْلِيمُ الْمَنَفْعَةِ ، وَلَا مَا يَقُومُ مَقَامَهَا ^(٤٩) ، فَتَوَقَّفَ ^(٥٠) اسْتِحْقَاقُ تَسْلِيمِ الْأَجْرِ
عَلَى تَسْلِيمِ الْعَمَلِ . وَقَوْلُهُمْ : لَمْ يَمْلِكِ الْمَتَافِعَ . قَدْ سَبَقَ الْجَوَابُ عَنْهُ . فَإِنْ قِيلَ :

(٤٣) سورة النحل ٩٨ .

(٤٤) سورة النساء ٢٤ .

(٤٥ - ٤٥) سقط من : ب . نقل نظر .

(٤٦) في الأصل : « يتعرض » .

(٤٧) في الأصل : « أجرى » .

(٤٨) في الأصل : « كانت » .

(٤٩) سقط من : م .

(٥٠) في الأصل : « فتوقف » .

فإنَّ المؤجِّرَ إذا قبَضَ الأجرَ ، انْتَفَعَ به كُلُّهُ ، بخِلَافِ المُستأجِرِ ، فإنَّه لا يَحْصُلُ له اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ كُلِّهَا . قلنا : لا يَمْتَنِعُ هذا ، كما لو شَرَطَا ^(٥١) التَّعْجِيلَ ، أو كان الثَّمَنُ عَيْنًا .

فصل : الحكم السادس ، أنه إذا شَرَطَ تأجيل الأجر ، فهو إلى أجله ، وإن شَرَطَهُ مُنْجَمًا يومًا يومًا ، أو شهرًا شهرًا ، أو أقلَّ من ذلك أو أكثر ، فهو على ما اتَّفَقَا عليه ؛ لأنَّ إيجارة العين كَيْفِيَّعًا ، وَيَبْعُهَا يَصِحُّ بِشَمَنِ حَالٍ أو مُؤَجَّلٍ ، فكذلك إيجارتُها .

فصل : وإذا اسْتَوْفَى المُستأجِرُ الْمَنَافِعَ ، اسْتَقَرَّ الأجرُ ؛ لأنَّه قَبَضَ الْمَعْقُودَ عليه ، فاسْتَقَرَّ عليه الْبَدَلُ ، كما لو قَبَضَ الْمَبِيعَ . وإن سُلِّمَتْ إليه الْعَيْنُ التي وَقَعَتْ الإيجارةُ عليها / ، وَمَضَتْ الْمُدَّةُ ، ولا حَاجَزَ له عن الانْتِفَاعِ ، اسْتَقَرَّ الأجرُ وإن لم يَنْتَفِعْ ؛ لأنَّ الْمَعْقُودَ عليه تَلَفَ تَحْتَ يَدِهِ ، وهي حَقُّهُ ، فاسْتَقَرَّ عليه بَدَلُهَا ، كَثَمَنِ الْمَبِيعِ إذا تَلَفَ في يَدِ الْمُشْتَرِي . وإن كانت الإيجارةُ على عَمَلٍ ، فَتَسَلَّمَ الْمَعْقُودَ عليه ، وَمَضَتْ مُدَّةُ يُمَكِّنُ اسْتِيفَاءَ الْمَنْفَعَةِ فيها ، مثل أن يَكْتَرِيَ دَابَّةً لِيُرْكَبَهَا إلى حِمْلٍ ، فَقَبَضَهَا ، وَمَضَتْ مُدَّةُ يُمَكِّنُ رُكُوبَهَا فيها ، فقال أصحابنا : يَسْتَقَرُّ عليه الأجرُ . وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّ الْمَنَافِعَ تَلَفَتْ تَحْتَ يَدِهِ بِاخْتِيَارِهِ ، فاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عليه ، كما لو تَلَفَتْ الْعَيْنُ في يَدِ الْمُشْتَرِي ، وكما لو كانت الإيجارةُ على مُدَّةٍ فَمَضَتْ . وقال أبو حنيفة : لا يَسْتَقَرُّ الأجرُ عليه حتى يَسْتَوْفَى الْمَنْفَعَةَ ؛ لأنَّه عَقْدٌ على مَنَفْعَةٍ غيرِ مُوقَّتَةٍ بَرَمَنٍ ، فلم يَسْتَقَرَّ بَدَلُهَا ^(٥٢) قَبْلَ اسْتِيفَائِهَا ، كالأجرِ للأجير ^(٥٣) الْمُشْتَرِكِ . فإن بَدَلَ تَسْلِيمِ الْعَيْنِ ، فلم يَأْخُذْهَا الْمُسْتَأْجِرُ حتى انْقَضَتْ الْمُدَّةُ . اسْتَقَرَّ الأجرُ عليه ؛ لأنَّ الْمَنَافِعَ تَلَفَتْ بِاخْتِيَارِهِ في مُدَّةِ الإيجارةِ ، فاسْتَقَرَّ عليه الأجرُ ، كما لو كانت في يَدِهِ . وإن بَدَلَ تَسْلِيمِ الْعَيْنِ ، وكانت الإيجارةُ على عَمَلٍ ، فقال أصحابنا : إذا مَضَتْ مُدَّةُ يُمَكِّنُ

(٥١) في الأصل : « شرط » .

(٥٢) في الأصل زيادة : « كما لو » .

(٥٣) في الأصل : « في الأجير » .

الاستيفاء فيها ، استقرَّ عليه الأجر . وبهذا قال الشافعي ؛ لأنَّ المنافع تُلَفَّت باختياره . وقال أبو حنيفة : لا أجر عليه . وهو أصحُّ عندي ؛ لأنَّه عقدٌ على ما في الذمة ، فلم يستقرَّ عوضه ببذل التسليم ، كالمسلم فيه ، ولأنَّه عقدٌ على منفعة غير مؤقتة بزمن ، فلم يستقرَّ عوضها بالبذل ، كالصداق إذا بذلت تسليم نفسها وامتنع الزوج من أخذها . وإن كان هذا في إجارة فاسدة ، ففيما إذا عرَضَها على المستأجر فلم يأخذها لا أجر عليه ؛ لأنها لم تثلف تحت يده ، ولا في ملكه . وإن قبضها ، ومضت المدة ، أو مدة يُمكن^(٥٤) استيفاء المنفعة فيها أو لا يُمكن ، فعن أحمد روايتان ؛ إحداهما ، عليه أجر المثل لمدة بقائها في يده ، وهو قول الشافعي ؛ لأنَّ المنافع تُلَفَّت تحت يده بعوض لم يُسلم له ، فرجع إلى قيمتها ، كما لو استوفأها . والثانية ، لا شيء له . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنَّه عقدٌ فاسدٌ على منافع لم يستوفها ، فلم يلزمه عوضها ، كالنكاح الفاسد ، وإن استوفى المنفعة في العقد الفاسد ، فعليه أجر المثل . وبه قال مالك ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : يجب أقلُّ الأمرين ، من المسمى أو أجر المثل ، بناءً منه على أنَّ المنافع لا تُضمَّن إلا بالعقد . ولنا ، أنَّ ما ضمِّن بالمسمى في العقد / الصحيح ، وجب ضمانه بجميع القيمة في الفاسد ، كالأعيان . وما ذكره لا نُسلمه . والله أعلم .

و ٨٥/٥

٨٩٢ - مسألة ؛ قال : (وإذا وقعت الإجارة على كلِّ شهرٍ بشيءٍ معلوم ، لم يكن لواحدٍ منهما الفسخ ، إلا عند تقضى كلِّ شهرٍ)

وجملة ذلك أنَّه إذا قال : أجرْتُكَ هذا كلَّ شهرٍ بدينارٍ . فاختلَف أصحابنا ، فذهب القاضي إلى أنَّ الإجارة صحيحة . وهو المنصوص عن أحمد ، في رواية ابن منصور ، واختيار الخرقى ، إلا أنَّ الشهر الأول تلزم الإجارة فيه بإطلاق العقد ؛ لأنَّه معلوم بلى العقد ، وله أجر معلوم ، وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالتبسُّ

(٥٤) سقط من : الأصل .

به^(١) ، وهو السُّكْنَى في الدَّارِ إِنْ كَانَتْ الْإِجَارَةُ عَلَى دَارٍ ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ حَالُ الْعَقْدِ ، فَإِذَا تَلَبَّسَ بِهِ ، تَعَيَّنَ بِالذُّخُولِ فِيهِ ، فَصَحَّ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، وَإِنْ لَمْ يَتَلَبَّسْ بِهِ ، أَوْ فَسَخَ الْعَقْدَ عِنْدَ انْقِضَاءِ الْأَوَّلِ ، انْفَسَخَ . وَكَذَلِكَ حُكْمُ كُلِّ شَهْرٍ يَأْتِي^(٢) . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَحُكْمِي عَنْ مَالِكٍ نَحْوُ هَذَا ، إِلَّا أَنَّ الْإِجَارَةَ لَا تَكُونُ لَازِمَةً عِنْدَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ مُتَقَدِّرَةٌ بِتَقْدِيرِ الْأَجْرِ ، فَلَا يَخْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ الْمُدَّةِ إِلَّا فِي اللَّزُومِ . وَاخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ جَعْفَرٍ ، وَأَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ ، أَنَّ الْعَقْدَ بَاطِلٌ . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَالصَّحِيحُ مِنْ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ اسْمٍ لِلْعَدَدِ ، فَإِذَا لَمْ يَقْدَرْهُ كَانَ مِثْلَهُمَا^(٣) مَجْهُولًا ، فَيَكُونُ فَاسِدًا ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَجَرْتُكَ مُدَّةً أَوْ شَهْرًا^(٤) . وَحَمَلَ أَبُو بَكْرٍ وَابْنُ حَامِدٍ كَلَامَ أَحْمَدَ فِي هَذَا عَلَى أَنَّ الْإِجَارَةَ وَقَعَتْ عَلَى أَشْهُرٍ^(٥) مُعَيَّنَةٍ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، اسْتَقَى لِرَجُلٍ مِنَ الْيَهُودِ كُلَّ ذَلْوٍ بِتَمْرَةٍ ، وَجَاءَ بِهِ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَأَكَلَ^(٦) مِنْهُ . قَالَ عَلِيٌّ : كُنْتُ أَذْلُو الذَّلْوُ بِتَمْرَةٍ وَأَشْتَرِطُهَا جَلْدَةً . وَعَنْ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ أَنَّهُ قَالَ لِيَهُودِيٍّ : أَسْقَى نَخْلَكَ ؟ قَالَ : نَعَمْ ، كُلُّ ذَلْوٍ بِتَمْرَةٍ . وَاشْتَرِطَ الْأَنْصَارِيُّ أَنْ لَا يَأْخُذَهَا خَدِيرَةٌ^(٧) وَلَا تَارِزَةٌ^(٨) وَلَا حَشْفَةٌ^(٩) ، وَلَا يَأْخُذُ إِلَّا جَلْدَةً . فَاسْتَقَى بِنَحْوِ مِنْ صَاعَيْنِ ، فَجَاءَ بِهِ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ . رَوَاهُمَا ابْنُ مَاجَةَ فِي « سُنَنِهِ »^(١٠) . وَهُوَ نَظِيرُ مَسْأَلَتِنَا . وَلِأَنَّ شُرُوعَهُ فِي كُلِّ شَهْرٍ ، مَعَ مَا تَقَدَّمَ فِي الْعَقْدِ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « أَتَى » .

(٣) في الأصل : « فِيهَا » .

(٤) في الأصل : « أَشْهُرًا » .

(٥) في الأصل زيادة : « مَعْلُومَةٌ » .

(٦) في ب ، م : « يَأْكُلُ » .

(٧) الخديرة : التي تقع من النخل قبل نضجها .

(٨) التارزة : اليابسة .

(٩) الحشف : أردأ التمر .

(١٠) الأول تقدم تخريجه في : ٢٠٨/٦ .

والثاني أخرجه ابن ماجه ، في : باب الرجل يستقى كل دلو بتمرة ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه

من الاتفاق على تقدير أجره ، والرضى ببذله به ، جرى مجرى ابتداء العقد عليه ، وصار كالبيع بالمعاطاة ، إذا جرى من المساومة ما دل على التراضي بها . فعلى هذا ، متى ترك التلبس به في شهر ، لم تثبت الإجارة فيه ؛ لعدم العقد . وإن فسح ، فكذلك ، وليس بفسخ في الحقيقة / ؛ لأن العقد في الشهر الثاني ما ثبت ^(١١) . فأما أبو حنيفة ، فذهب إلى أنهما إذا تلبسا بالشهر الثاني ، فقد اتصل القبض بالعقد الفاسد . وهو عذر غير صحيح ؛ لأن العقد الفاسد في الأعيان لا يلزم بالقبض ، ولا يضمن بالمسمى ، ثم لم يحصل القبض ههنا إلا فيما استوفاه . وقول مالك لا يصح ؛ لأن الإجارة من العقود اللازمة ، فلا يجوز أن تكون جائزة .

فصل : إذا قال : أجرتك دارى عشرين شهرا ، كل شهر بدرهم . جاز ، بغير خلاف نعلمه ؛ لأن المدة معلومة ، وأجرها معلوم ، وليس لواحد منهما فسخ بحال ؛ لأنها مدة واحدة ، فأشبهه مالو قال : أجرتك عشرين شهرا ، بعشرين درهما . وإن قال : أجرتكها شهرا بدرهم ، وما زاد فبحساب ذلك . صح في الشهر الأول ، لأنه أقرده بالعقد ، وبطل في التأييد ؛ لأنه مجهول . ويحتمل أن يصح في كل شهر تلبس به ، كما لو قال : أجرتكها كل شهر بدرهم ^(١٢) . لأن معناه واحدا . ولو قال : أجرتكها هذا الشهر بدرهم ^(١٣) . وكل شهر بعد ذلك بدرهم . أو قال : بدرهمين . صح في الأول ، وفيما بعده وجهان .

فصل : والإجارة عقد لازم من الطرفين ، ليس لواحد منهما فسخها . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ وذلك لأنها عقد معاوضة ، فكان لازما ، كالبيع ، ولأنها نوع من البيع ، وإنما اختصت باسم كما اختص الصرف والسلام باسم ، وسواء كان له عذر أو لم يكن . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو ثور .

(١١) في الأصل : « ثبت » .

(١٢ - ١٣) سقط من الأصل . نقل نظر .

وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : يَجُوزُ لِلْمُكْتَرِي فَسْخُهَا لِعُذْرٍ فِي نَفْسِهِ ، مثل أن يَكْتَرِيَ جَمَلًا لِيَحْجَّ عَلَيْهِ ، فَيَمْرَضَ ، فَلَا يَتِمَّ كُنْ مِنَ الْخُرُوجِ ، أَوْ تَضْيَعُ نَفَقَتَهُ ، أَوْ يَكْتَرِيَ دُكَّانًا لِلْبَزِّ ، فَيَحْتَرِقَ مَتَاعُهُ ، وَمَا أَشْبَهَ هَذَا ؛ لِأَنَّ الْعُذْرَ يَتَعَدَّرُ مَعَهُ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا ، فَمَلَّكَ بِهِ الْفَسْخَ كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا فَأَبَقَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ لَا يَجُوزُ فَسْخُهِ ^(١٣) مَعَ اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا ^(١٤) لغير عُذْرٍ ، فَلَمْ يَجْزْ لِعُذْرٍ فِي غير الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، كَالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ جَازَ فَسْخُهِ لِعُذْرٍ لِلْمُكْتَرِي ، لَجَازَ لِعُذْرٍ الْمُكْرِي ، تَسْوِيَةً بَيْنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ . وَدَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ كُلِّ ^(١٥) وَاحِدٍ مِنَ الْعَاقِدَيْنِ ، وَلَمْ يَجْزِ ثَمَّ ، فَلَا يَجُوزُ هُنَا ، وَيُقَارَقُ الْإِبَاقُ ، فَإِنَّهُ عُذْرٌ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ .

٨٩٣ - مسألة ؛ قال : (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ عَقَارًا مُدَّةً بِعَيْنِهَا ، فَبَدَا لَهُ قَبْلَ تَقْضِيَّهَا ، فَقَدْ لَزِمَتْهُ الْأُجْرَةُ كَامِلَةً ^(١))

وجملته أن الإجارة عقد لازم ، يفتضي تمليك المؤجر الأجر ، والمستأجر المنافع ، فإذا فسَخَ المُسْتَأْجِرُ / الإجارة قبل انقضاء مدتها ، وترك الانتفاع اختياراً منه ، لم تنفسخ الإجارة ، والأجر لازم له ، ولم يزل ملكه عن المنافع ، كما لو اشترى شيئاً وقبضه ثم تركه . قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله : رجل أكرى بغيراً ، فلما قدم المدينة ، قال له : فاسيخني . قال : ليس ذلك له ، قد لزمه الكراء . قلت : فإن مرض المستكرى بالمدينة ؟ فلم يجعل له فسحاً ؛ وذلك لأنه عقد لازم من ^(٢) الطرفين ، فلم يملك أحد المتعاقدين فسحه . وإن فسحه ، لم يسقط العوض الواجب عليه ، كالبيع .

فصل : ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة إجارة العقار ، قال ابن المنذر : أجمع

(١٣ - ١٣) سقط من : الأصل ، ب .

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) سقط من : الأصل ، ب .

(٢) في م : بين .

كُلٌّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنْ اسْتِجَارَ الْمَنَازِلَ وَالذُّوَابَ جَائِزٌ . وَلَا تَجُوزُ إِجَارَتُهَا إِلَّا فِي مُدَّةٍ مُعَيَّنَةٍ مَعْلُومَةٍ ، وَلَا بَدَأَ مِنْ مُشَاهَدَتِهِ وَتَحْدِيدِهِ ، فَإِنَّهُ لَا يَصِيرُ مَعْلُومًا إِلَّا بِذَلِكَ ، وَلَا يَجُوزُ إِطْلَاقُهُ ، وَلَا وَصْفُهُ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : إِذَا ضُبِطَ بِالصَّفَةِ ، أَجْزَأُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَهُ خِيَارُ الرُّوْيَةِ ، كَقَوْلِهِمْ فِي الْبَيْعِ . وَيَخْرُجُ لَنَا مِثْلُ ذَلِكَ بِنَاءً عَلَى الْبَيْعِ ، وَالْخِلَافُ هَهُنَا مَبْنِيٌّ عَلَى الْخِلَافِ فِي الْبَيْعِ ، وَلَمْ يَكْتَفِ بِالصَّفَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِيرُ مَعْلُومًا إِلَّا^(٣) بِالرُّوْيَةِ ، كَمَا لَا يَعْلَمُ فِي الْبَيْعِ إِلَّا بِذَلِكَ . فَإِنْ كَانَ دَارًا أَوْ حَمَامًا ، احتَاجَ إِلَى مُشَاهَدَةِ الْبُيُوتِ ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ يَخْتَلِفُ بِصِغَرِهَا وَكِبَرِهَا وَمَرَافِقِهَا ، وَمُشَاهَدَةِ قَدْرِ الْحَمَامِ لِيَعْلَمَ كِبَرَهَا مِنْ صِغَرِهَا ، وَمَعْرِفَةَ مَاءِ الْحَمَامِ إِمَّا مِنْ قَنَاقَةٍ أَوْ مِنْ^(٤) بَيْتٍ ، فَإِنْ كَانَ مِنْ بَيْتٍ احتَاجَ إِلَى مُشَاهَدَتِهَا ؛ لِيَعْلَمَ عُمُقَهَا وَمُؤَنَةَ اسْتِسْقَاءِ الْمَاءِ مِنْهَا ، وَمُشَاهَدَةِ الْأَثُونِ ، وَمُطَرِّحِ الرَّمَادِ ، وَمَوْضِعِ الرُّبْلِ ، وَمَصْرِفِ مَاءِ الْحَمَامِ ، فَمَتَى أَحَلَّ بِهَذَا أَوْ بَعْضِهِ ، لَمْ تَصِحَّ ؛ لِلْجَهَالَةِ بِمَا يَخْتَلِفُ الْعَرَضُ بِهِ .

فصل : وَكَرَّةُ أَحْمَدَ كِرَاءُ الْحَمَامِ . وَسُئِلَ عَنْ كِرَائِهِ ، فَقَالَ : أَخْشَى . فَقِيلَ لَهُ : إِذَا شَرَطَ عَلَى الْمُكْتَرِي أَنْ لَا يَدْخُلَهُ أَحَدٌ بَغَيْرِ إِزَارٍ . فَقَالَ : وَمَنْ يَضْبُطُ هَذَا ؟ وَكَأَنَّهُ لَمْ يُعْجِبْهُ . قَالَ ابْنُ حَامِدٍ : هَذَا عَلَى طَرِيقِ الْكَرَاهَةِ تَنْزِيهًا لَا تَحْرِيمًا ؛ لِأَنَّهُ تَبَدُّو فِيهِ عَوْرَاتُ النَّاسِ ، فَتَحْصُلُ الْإِجَارَةُ عَلَى فِعْلٍ مَحْظُورٍ ، فَكَرَهُهُ لَذَلِكَ ، فَأَمَّا الْعَقْدُ فَصَحِيحٌ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلٌّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، أَنَّ كِرَاءَ الْحَمَامِ جَائِزٌ ، إِذَا حَدَّدَهُ ، وَذَكَرَ جَمِيعَ آتِهِ ، شَهْرًا مُسَمًّا . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ الْمُكْتَرِيَّ إِنَّمَا يَأْخُذُ الْأَجْرَ عَوَضًا عَنْ دُخُولِ الْحَمَامِ وَالْاِغْتِسَالِ بِمَائِهِ ، وَأَخْوَالِ الْمُسْلِمِينَ

(٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : ب ، م .

مَحْمُولَةٌ عَلَى السَّلَامَةِ ، وَإِنْ وَقَعَ مِنْ بَعْضِهِمْ فَعَلٌ مَا لَا يَجُوزُ ، لَمْ يَحْرُمِ الْأَجْرُ الْمَأْخُودُ مِنْهُ ، كَمَا لَوْ اكْتَرَى دَارًا لِيَسْكُنَهَا ، فَشَرِبَ فِيهَا خَمْرًا .

٨٩٤ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَتَصَرَّفُ مَالُكَ الْعَقَارِ فِيهِ إِلَّا عِنْدَ تَقْضَى الْمُدَّةِ)

وجملته أن المُسْتَأْجِرَ يَمْلِكُ الْمَنَافِعَ بِالْعَقْدِ ، كَمَا يَمْلِكُ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ بِالْبَيْعِ ، وَيُزَوِّلُ مِلْكُ الْمُؤْجِرِ عَنْهَا ، كَمَا يُزَوِّلُ مِلْكُ الْبَائِعِ عَنِ الْمَبِيعِ ، ^(١) فَلَا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ مَمْلُوكَةً لْغَيْرِهِ ، كَمَا لَا يَمْلِكُ الْبَائِعُ التَّصَرُّفَ فِي الْمَبِيعِ ^(٢) ، فَإِنْ تَصَرَّفَ فِيهَا نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ فِي حَالِ بَدَا لِلْمُسْتَأْجِرِ ^(٣) قَبْلَ تَقْضَى الْمُدَّةِ مِثْلَ أَنْ يَكْتَرِيَ دَارًا سَنَةً فَيَسْكُنُهَا شَهْرًا وَيَتْرُكُهَا ، فَيَسْكُنُهَا الْمَالِكُ بَقِيَّةَ السَّنَةِ ، أَوْ يُؤْجِرُهَا لْغَيْرِهِ ، اِحْتَمَلُ أَنْ يَنْفَسِخَ الْعَقْدُ فِيمَا اسْتَوْفَاهُ الْمَالِكُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ ^(٤) فِيهِ قَبْلَ قَبْضِ الْمُكْتَرَى لَهُ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ تَلَفَ الْمَكِيلُ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ ، وَسَلِّمَ بَاقِيَهُ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ تَصَرَّفَ الْمَالِكُ فِي بَعْضِ الْمُدَّةِ دُونَ بَعْضٍ ، انْفَسَخَ الْعَقْدُ فِي قَدَرِ مَا تَصَرَّفَ فِيهِ دُونَ مَا لَمْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ ، وَيَكُونُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ مَا بَقِيَ ، فَلَوْ سَكَنَ الْمُسْتَأْجِرُ شَهْرًا ، وَتَرَكَهَا شَهْرًا ، وَسَكَنَ الْمَالِكُ عَشْرَةَ أَشْهُرٍ ، لَزِمَ الْمُسْتَأْجِرُ أَجْرُ شَهْرَيْنِ . وَإِنْ سَكَنَهَا شَهْرًا ، وَسَكَنَ الْمَالِكُ شَهْرَيْنِ ، ثُمَّ تَرَكَهَا ، فَعَلَى الْمُسْتَأْجِرِ أَجْرُ عَشْرَةِ أَشْهُرٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزَمَ الْمُسْتَأْجِرُ أَجْرُ جَمِيعِ الْمُدَّةِ ، وَلَهُ عَلَى الْمَالِكِ أَجْرُ الْمِثْلِ لِمَا سَكَنَ أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ بِقِسْطٍ ^(٥) ذَلِكَ مِمَّا عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ مِنَ الْأَجْرِ ، وَيَلْزَمُهُ الْبَاقِي ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِيمَا مَلَكَهُ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ تَصَرَّفَ فِي الْمَبِيعِ بَعْدَ قَبْضِ الْمُشْتَرِي لَهُ ، وَقَبْضُ الدَّارِ هُنَا قَامَ مَقَامَ قَبْضِ الْمَنَافِعِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي الْمَنَافِعِ بِالسُّكْنَى وَالْإِجَارَةِ وَغَيْرِهَا . فَعَلَى هَذَا ، لَوْ كَانَ أَجْرُ الْمِثْلِ الْوَاجِبُ عَلَى

(١ - ١) سقط من : ب .

(٢) في الأصل : المستأجر .

(٣) في الأصل : تصرف .

(٤) في الأصل : يقسط .

المالك بقدر المسمى في العقد ، لم يجب على المستأجر شيء ، وإن فضلت منه فضلة ،
لزم المالك أداؤها إلى المستأجر ، والأول أولى ، وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وإن
تصرف المالك قبل تسليم^(٥) العين ، أو امتنع من تسليمها حتى انقضت مدة
الإجارة ، انفسخت الإجارة ، وجهها واحد ؛ لأن العاقد قد^(٦) أثلف المعقود عليه
قبل تسليمه ، فانفسخ العقد ، كما لو باعه طعاماً فأثلفه قبل تسليمه . وإن سلمها إليه
في أثناء المدة / ، انفسخت فيما مضى ، ويجب أجر الباقي بالحصة ، كالمبيع إذا
سلم بعضه وأثلف بعضاً .

و ٨٧/٥

٨٩٥ - مسألة ؛ قال : (فإن حوَّله المالك قبل تقضى المدة ، لم يكن له
أجر^(١) لما سكن)

يعنى إذا استأجر عقاراً مدة ، فسكنه بعض المدة ، ثم أخرجه المالك ، ومنعه تمام
السكنى ، فلا شيء له من الأجرة . وقال أكثر الفقهاء : له أجر ما سكن ؛ لأنه استوفى
ملك غيره على سبيل المعاوضة ، فلزمه عوضه كالمبيع إذا استوفى بعضه ، ومنعه
المالك بقيته ، وكما^(٢) لو تعذر استيفاء الباقي لأمر غالب . ولنا ، أنه لم يسلم إليه ما عقد
الإجارة عليه ، فلم يستحق شيئاً ، كما لو استأجره ليحمل له^(٣) كتاباً^(٤) إلى موضع^(٥) ،
فحمله بعض الطريق ، أو استأجره ليحفّر له عشرين ذراعاً . فحفّر له عشرًا ، وامتنع
من حفّر الباقي . وقياس الإجارة على الإجارة أولى من قياسها على البيع . ويفارق ما
إذا امتنع لأمر غالب ؛ لأن له عذرًا . والحكم في من اكترى دابةً ، فامتنع المكري من

(٥) في ب ، م : « تسلم » .

(٦) سقط من : الأصل .

(١) في الأصل : « أجره » .

(٢) في ب ، م : « كما » .

(٣) سقط من : ب ، م .

(٤ - ٥) سقط من : م .

تَسْلِيمِهَا فِي بَعْضِ الْمُدَّةِ ، أَوْ أَجَرَ نَفْسِهِ أَوْ عَبْدَهُ لِلْخِدْمَةِ مُدَّةً ، وَامْتَنَعَ مِنْ إِثْمَانِهَا ، أَوْ أَجَرَ نَفْسَهُ لِإِنِّاءِ حَائِطٍ ، أَوْ خِيَاطَةٍ ، أَوْ حَفَرٍ يَثْرِي ، أَوْ حَمَلٍ شَيْءٍ إِلَى مَكَانٍ ، وَامْتَنَعَ مِنْ إِثْمَانِ الْعَمَلِ ، كَالْحُكْمِ فِي الْعَقَارِ يَمْتَنِعُ مِنْ تَسْلِيمِهِ ، وَأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا ؛ لِمَا ذَكَّرْنَا .

فصل : إِذَا هَرَبَ الْأَجِيرُ ، أَوْ شَرَّدَتِ الدَّابَّةُ ، أَوْ أَخَذَ الْمُؤْجِرُ الْعَيْنَ وَهَرَبَ بِهَا ، أَوْ مَنَعَهُ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ مِنْهَا مِنْ غَيْرِ هَرَبٍ ، لَمْ تَنْفَسَخِ الْإِجَارَةُ ، لَكِنْ يَثْبُتُ لِلْمُسْتَأْجِرِ خِيَارُ الْفَسْخِ ؛ فَإِنْ فَسَخَ ، فَلَا كَلَامَ ، وَإِنْ لَمْ يَفْسَخْ ، انْفَسَخَتِ الْإِجَارَةُ ^(٥) بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ يَوْمًا فَيَوْمًا . فَإِنْ عَادَتِ الْعَيْنُ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ ، اسْتَوْفَى مَا بَقِيَ مِنْهَا . فَإِنْ انْقَضَتِ الْمُدَّةُ ، انْفَسَخَتِ الْإِجَارَةُ ؛ لِفَوَاتِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ ، كَخِيَاطَةِ ثَوْبٍ ، أَوْ إِنِّاءِ حَائِطٍ ، أَوْ حَمَلٍ إِلَى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ ، اسْتُؤْجِرَ مِنْ مَالِهِ مَنْ يَعْمَلُهُ ، كَمَا لَوْ أَسْلَمَ إِلَيْهِ فِي شَيْءٍ فَهَرَبَ ، انْتَبَعَ مِنْ مَالِهِ . فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ ، ثَبَتَ لِلْمُسْتَأْجِرِ الْفَسْخُ . فَإِنْ فَسَخَ ، فَلَا كَلَامَ ، وَإِنْ لَمْ يَفْسَخْ ، وَصَبَرَ إِلَى أَنْ يَقْدِرَ عَلَيْهِ ، فَلَهُ مُطَالَبَتُهُ بِالْعَمَلِ ؛ لِأَنَّ مَا فِي الذِّمَّةِ لَا يَفُوتُ بِهِرَبِهِ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ امْتَنَعَ الْأَجِيرُ مِنَ الْعَمَلِ فِيهِ ، أَوْ مَنَعَ الْمُؤْجِرُ الْمُسْتَأْجِرَ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ ، إِذَا كَانَ بَعْدَ عَمَلِ الْبَعْضِ ، فَلَا أَجْرَ لَهُ فِيهِ ، عَلَى مَا سَبَقَ ، إِلَّا أَنْ يُرَدَّ الْعَيْنَ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ ، أَوْ يُتِمَّ الْعَمَلُ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَى مُدَّةٍ قَبْلَ فَسْخِ الْمُسْتَأْجِرِ ، فَيَكُونُ لَهُ أَجْرٌ مَا عَمِلَ . فَأَمَّا / إِنْ شَرَّدَتِ الدَّابَّةُ ، أَوْ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ بِغَيْرِ فِعْلِ الْمُؤْجِرِ ، فَلَهُ مِنَ الْأَجْرِ بِقَدْرِ مَا اسْتَوْفَى بِكُلِّ حَالٍ .

٨٩٦ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (فَإِنْ جَاءَ أَمْرٌ غَالِبٌ ، يَحْجِزُ الْمُسْتَأْجِرَ عَنْ مَنْفَعَةِ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، لَزِمَهُ مِنَ الْأَجْرِ بِمِقْدَارِ مُدَّةِ انْتِفَاعِهِ)

^(١) وَجَمَلْتُهُ أَنَّ مَنْ اسْتَأْجَرَ عَيْنًا مُدَّةً ، فَحِيلَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْإِنْتِفَاعِ بِهَا ، لَمْ يَحُلْ مِنْ أَقْسَامِ ثَلَاثَةٍ :

أَحَدُهَا ، أَنْ تَتَلَفَ الْعَيْنُ ^(١) ، كَدَابَّةٍ تَنْفُقُ ، أَوْ عَبْدٍ يَمُوتُ ، فَذَلِكَ عَلَى ثَلَاثَةِ

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(١ - ١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

أَضْرَبَ : أحدها ، أن تَتَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهَا ، فَإِنَّ الْإِجَارَةَ تَنْفَسِيخٌ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛
لأنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ تَلَفٌ قَبْلَ قَبْضِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَلَفَ الطَّعَامُ الْمَبِيعُ قَبْلَ قَبْضِهِ . والثاني ،
أن تَتَلَفَ عَقِيبَ قَبْضِهَا ، فَإِنَّ الْإِجَارَةَ تَنْفَسِيخٌ أَيْضًا ، وَيَسْقُطُ الْأَجْرُ فِي قَوْلِ عَامَّةِ
الْفُقَهَاءِ ، إِلَّا أَبَا ثَوْرٍ حُكِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ : يَسْتَقِرُّ الْأَجْرُ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ تَلَفٌ ^(٢) بَعْدَ
قَبْضِهِ ، أَشْبَهَ الْمَبِيعَ . وَهَذَا غَلَطٌ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ الْمَنَافِعُ ، وَقَبْضُهَا بِاسْتِيفَائِهَا ،
أَوْ التَّمَكُّنِ مِنْ اسْتِيفَائِهَا ، وَلَمْ يَحْصُلْ ذَلِكَ ، فَأَشْبَهَ تَلَفَهَا قَبْلَ قَبْضِ الْعَيْنِ . الثالث ،
أن تَتَلَفَ بَعْدَ مُضِيِّ شَيْءٍ مِنَ الْمُدَّةِ ، فَإِنَّ الْإِجَارَةَ تَنْفَسِيخٌ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ دُونَ مَا
مَضَى ، وَيَكُونُ لِلْمُؤْجِرِ مِنَ الْأَجْرِ بِقَدْرِ مَا اسْتَوْفَى مِنَ الْمَنْفَعَةِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَوَايَةٍ
لِإِبْرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ : إِذَا اكْتَرَى بَعِيرًا بَعَيْنِهِ ، فَتَفَقَّ الْبَعِيرُ ، يُعْطِيهِ بِحَسَابِ مَارَكَبٍ .
وَذَلِكَ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ الْمَنَافِعُ ، وَقَدْ تَلَفَ بَعْضُهَا قَبْلَ قَبْضِهِ ، فَبَطَلَ الْعَقْدُ
فِيمَا تَلَفَ دُونَ مَا قُبِضَ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى صَبْرَتَيْنِ ، فَقَبَضَ إِحْدَاهُمَا ، وَتَلَفَتِ الْأُخْرَى
قَبْلَ قَبْضِهَا ، ثُمَّ نَظَرَ ؛ فَإِنْ كَانَ أَجْرُ الْمُدَّةِ مُتَسَاوِيًا ، فَعَلَيْهِ بِقَدْرِ مَا مَضَى ، إِنْ كَانَ
قَدْ مَضَى النُّصْفُ ، فَعَلَيْهِ نِصْفُ الْأَجْرِ ، وَإِنْ كَانَ ^(٣) قَدْ مَضَى الثُّلُثُ ، فَعَلَيْهِ
الثُّلُثُ ، كَمَا يُقَسَّمُ الثَّمَنُ عَلَى الْمَبِيعِ الْمُتَسَاوِي . وَإِنْ كَانَ مُخْتَلِفًا ، كَذَارٍ أُجْرُهَا فِي
الشَّتَاءِ أَكْثَرُ مِنْ أُجْرِهَا ^(٤) فِي الصَّيْفِ ، وَأَرْضٍ أُجْرُهَا فِي الصَّيْفِ أَكْثَرُ مِنَ الشَّتَاءِ ، أَوْ
دَارٍ لَهَا مَوْسِمٌ ، كَدُورِ مَكَّةَ ، رُجِعَ فِي تَقْوِيمِهِ إِلَى أَهْلِ الْخَبْرَةِ ، وَيُقَسَّطُ الْأَجْرُ الْمُسَمَّى
عَلَى حَسَبِ قِيَمَةِ الْمَنْفَعَةِ ، ^(٥) كَقِسْمَةِ الثَّمَنِ ^(٦) عَلَى الْأَعْيَانِ الْمُخْتَلِفَةِ فِي الْبَيْعِ ^(٧) .
وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ الْأَجْرُ عَلَى قِطْعٍ مَسَافَةٍ ، كَبَيْعِ اسْتَأْجَرِهِ عَلَى حَمَلِ شَيْءٍ إِلَى مَكَانٍ
مُعَيَّنٍ ، وَكَانَتْ مُتَسَاوِيَةً الْأَجْزَاءِ أَوْ مُخْتَلِفَةً . وَهَذَا ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ .

(٢) فِي م : « تَلَفَ » .

(٣ - ٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٥ - ٥) فِي ب : « كَقِيَمَةِ الْأَثْمَانِ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « الْمَبِيعِ » .

فصل : القسم الثانى ، أن يَحْدُثَ عَلَى الْعَيْنِ مَا يَمْنَعُ نَفْعَهَا ، كَدَارٍ انْهَدَسَتْ ، وَأَرْضٍ غَرِقَتْ ، أَوْ انْقَطَعَ مَأْوَاهَا ، فَهَذِهِ يُنْظَرُ فِيهَا ؛ فَإِنْ لَمْ يَبْقَ فِيهَا نَفْعٌ أَصْلًا ، فَهِيَ كَالثَّالِفَةِ سِوَاءٍ ، وَإِنْ بَقِيَ فِيهَا نَفْعٌ غَيْرُ مَا اسْتَأْجَرَهَا لَهُ ، مِثْلُ أَنْ يُمَكِّنَ الْإِثْفَاعُ بِعَرَصَةِ الدَّارِ وَالْأَرْضِ / لَوْضَعِ حَطَبٍ فِيهَا ، أَوْ نَصَبِ خَيْمَةٍ فِي الْأَرْضِ الَّتِي اسْتَأْجَرَهَا لِلزَّرْعِ ، أَوْ صَيْدِ السَّمَكِ مِنَ الْأَرْضِ الَّتِي غَرِقَتْ ، انْفَسَخَتْ الْإِجَارَةُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ الَّتِي وَقَعَ عَلَيْهَا الْعَقْدُ تَلَفَتْ ، فَانْفَسَخَتْ الْإِجَارَةُ ، كَالْوِاسْتَأْجَرِ ذَابَّةً لَيَّرَ كَبْهَا ، فَرَمَنْتَ بِحَيْثُ لَا تَصْلُحُ إِلَّا لِتَدَوَّرَ فِي الرَّحَى . وَقَالَ الْقَاضِي ، فِي الْأَرْضِ الَّتِي يَنْقَطِعُ مَأْوَاهَا : لَا تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ فِيهَا . وَهُوَ مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ لَمْ تَبْطُلْ جُمْلَةً ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ الْإِثْفَاعُ بِعَرَصَةِ الْأَرْضِ بِنَصَبِ خَيْمَةٍ ، أَوْ جَمْعِ حَطَبٍ فِيهَا ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ نَقَصَ نَفْعُهَا مَعَ بَقَائِهِ . فَعَلِيَ هَذَا يُخَيَّرُ الْمُسْتَأْجِرُ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالْإِمْضَاءِ ؛ فَإِنْ فَسَخَ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْعَبْدِ إِذَا مَاتَ ، وَإِنْ اخْتَارَ إِمْضَاءَ الْعَقْدِ ، فَعَلِيهِ جَمِيعُ الْأَجْرِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ عَيْبٌ ، فَإِذَا رَضِيَ بِهِ ، سَقَطَ حُكْمُهُ . فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ الْفَسْخَ وَلَا الْإِمْضَاءَ ، إِمَّا لِجَهْلِهِ بِأَنَّهُ لَهُ الْفَسْخُ ، أَوْ لِغَيْرِ ذَلِكَ ، فَلَهُ الْفَسْخُ بَعْدَ ذَلِكَ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ بَقَاءَ غَيْرِ^(٧) الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ لَا يَمْنَعُ انْفِسَاخَ الْعَقْدِ بِتَلَفِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، كَمَا^(٨) فِي الْبَيْعِ . وَلَوْ كَانَ النِّفْعُ الْبَاقِي فِي الْأَعْيَانِ^(٩) مِمَّا لَا يَنَاحُ اسْتِيفَاؤُهُ بِالْعَقْدِ ، كَدَابَّةٍ اسْتَأْجَرَهَا لِلرُّكُوبِ فَصَارَتْ لَا تَصْلُحُ^(١٠) إِلَّا لِلْحَمْلِ ، أَوْ بِالْعَكْسِ ، انْفَسَخَ الْعَقْدُ . وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ الْبَاقِيَةَ لَا يَمْلِكُ اسْتِيفَاؤُهَا مَعَ سَلَامَتِهَا ، فَلَا يَمْلِكُهَا مَعَ تَعْيِبِهَا ، كَبَيْعِهَا . وَأَمَّا إِنْ أُمَكِّنَ الْإِثْفَاعُ بِالْعَيْنِ فِيمَا اكْتَرَاهَا لَهُ ، عَلَى نَعْتٍ مِنَ الْقُصُورِ ، مِثْلُ أَنْ يُمَكِّنَهُ زَرْعُ الْأَرْضِ بِغَيْرِ مَاءٍ ، أَوْ كَانَ الْمَاءُ يَنْحَسِرُ عَنِ الْأَرْضِ الَّتِي غَرِقَتْ عَلَى وَجْهِ^(١١) «يَمْنَعُ بَعْضُ الزَّرَاعَةِ أَوْ يَسُوءُ^(١٢) الزَّرْعُ ، أَوْ كَانَ يُمَكِّنُهُ سُكْنَى سَاحَةِ الدَّارِ ، إِمَّا فِي خَيْمَةٍ أَوْ

(٧) فِي الْأَصْلِ : « عَيْن » .

(٨) فِي الْأَصْلِ : « كَالْأَعْيَانِ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « الْعَيْن » .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « تَنْفَع » .

(١١ - ١٢) فِي الْأَصْلِ : « يَمْنَعُ بَعْضُ الْمَرَاعَةِ أَوْ يَسُقَى » .

غيرها ، لم تَنْفَسِخِ الإِجَارَةُ ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهَا لَمْ تَزُلْ بِالْكُلِّيَّةِ ، فَأَشْبَهَ مَا (١٢) لَوْ تَعَيَّنَتْ ، وَلِلْمُسْتَأْجِرِ خِيَارُ الْفَسْخِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا ، إِلَّا فِي الدَّارِ إِذَا انْهَدَمَتْ ، فَإِنَّ فِيهَا وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَنْفَسِخُ الإِجَارَةُ . وَالثَّانِي ، تَنْفَسِخُ ؛ لِأَنَّهُ زَالَ اسْمُهَا بِهَدْمِهَا ، وَذَهَبَتِ الْمَنْفَعَةُ الَّتِي تُقْصَدُ مِنْهَا ، وَلِذَلِكَ لَا يَسْتَأْجِرُ أَحَدٌ عَرَصَةَ دَارٍ لَيْسَ كُنْهَا . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْحَادِثُ فِي الْعَيْنِ لَا يَضُرُّهَا ، كَعَرَقِ الْأَرْضِ بِمَاءٍ يَنْحَسِرُ فِي قُرْبِ (١٣) الرِّمَانِ ، لَا يَمْنَعُ الزَّرْعَ ، وَلَا يَضُرُّهُ ، وَانْقِطَاعِ الْمَاءِ عَنْهَا إِذَا سَاقَ الْمُؤْجِرُ إِلَيْهَا مَاءً (١٤) مِنْ مَكَانٍ آخَرَ ، أَوْ كَانَ انْقِطَاعُهُ فِي زَمَنِ لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِيهِ ، فَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بِعَيْبٍ . وَإِنْ حَدَثَ الْعَرَقُ الْمُضِرُّ ، أَوْ انْقِطَاعُ الْمَاءِ ، (١٥) أَوْ انْهَدَمَ بَعْضُ (١٦) الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ / فَلِذَلِكَ الْبَعْضُ حُكْمُ نَفْسِهِ فِي الْفَسْخِ أَوْ ثُبُوتِ الْخِيَارِ ، وَلِلْمُكْتَرِي الْخِيَارُ فِي ثَبْقِيَةِ (١٧) الْعَيْنِ ؛ لِأَنَّ الصَّفَقَةَ تَبْعَضَتْ عَلَيْهِ . فَإِنْ اخْتَارَ الْإِمْسَاكَ ، أَمْسَكَ بِالْحَصَّةِ مِنَ الْأَجْرِ ، كَمَا إِذَا تَلَفَ أَحَدُ الْقَفِيزَيْنِ مِنَ الطَّعَامِ فِي يَدِ الْبَائِعِ .

٨٨/٥ ظ

فصل : القسم الثالث ، أَنْ تُعْصَبَ الْعَيْنُ الْمُسْتَأْجَرَةُ ، فَلِلْمُسْتَأْجِرِ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَأْخِيرَ حَقِّهِ ، فَإِنْ فُسِّخَ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ انْفَسَخَ (١٨) الْعَقْدُ بِتَلَفِ الْعَيْنِ ، سِوَاءِ ، وَإِنْ لَمْ يَفْسَخْ حَتَّى انْقَضَتْ مُدَّةُ الإِجَارَةِ ، فَلَهُ الْخِيَارُ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالرُّجُوعِ بِالْمُسَمَّى ، وَبَيْنَ الْبَقَاءِ عَلَى الْعَقْدِ وَمُطَالَبَةِ الْغَاصِبِ بِأَجْرِ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ لَمْ يَفُتْ مُطْلَقًا ، بَلْ إِلَى بَدَلٍ ، وَهُوَ الْقِيَمَةُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَتْلَفَ الثَّمَرَةُ الْمَبِيعَةُ آدَمَى قَبْلَ قَطْعِهَا ، وَتَخَرَّجُ انْفِسَاخُ الْعَقْدِ بِكُلِّ حَالٍ ، عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ : إِنَّ مَنَافِعَ الْعَصَبِ

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في ب ، م زيادة : « من » .

(١٤ - ١٥) في الأصل : « والهدم ببعض » .

(١٥) في الأصل : « بقية » .

(١٦) في الأصل : « فسخ » .

لا تُضْمَنُ . وهو قول أصحابِ الرَّأْيِ . ولأصحابِ الشَّافِعِيِّ في ذلك اخْتِلَافٌ . وإن رُدَّتِ^(١٧) الْعَيْنُ في أثناءِ المُدَّةِ ، ولم يكن فُسْخٌ ، اسْتَوْفَى مَا بَقِيَ مِنْهَا ، ويكونُ فيما مَضَى مِنَ المُدَّةِ مُخَيَّرًا ، كما ذَكَرْنَا . وإن كانت الإِجَارَةُ على عَمَلٍ ؛ كخِياطةِ ثَوْبٍ ، أو حَمَلِ شَيْءٍ إلى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ ، فَعُصِبَ جَمَلُهُ الَّذِي يَحْمِلُ عَلَيْهِ ، وَعَبْدُهُ الَّذِي يَخِيطُ لَهُ ، لم يَنْفَسِخِ الْعَقْدُ ، ولِلْمُسْتَأْجِرِ مُطَالَبَةُ الْأَجِيرِ بِعَوَضِ الْمَعْصُوبِ ، وإِقَامَةُ مَنْ يَعْمَلُ الْعَمَلَ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ على مَا فِي الذِّمَّةِ ، كما لو وَجَدَ بِالمُسْلِمِ فِيهِ عَيْبًا ، فَرَدَّهُ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ الْبَدَلُ ، ثَبَتَ لِلْمُسْتَأْجِرِ الْخِيَارُ بَيْنَ الْفُسْخِ أَوِ الصَّبْرِ إلى أَنْ يَقْدَرَ على الْعَيْنِ الْمَعْصُوبَةِ ، فَيَسْتَوْفَى مِنْهَا .

فصل : القسم الرابع^(١٨) ، أَنْ يَتَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ مِنَ الْعَيْنِ بِفِعْلِ صَدَرَ مِنْهَا ، مِثْلُ أَنْ يَأْتِيَ الْعَبْدُ ، أَوْ تُشْرَدَ الدَّابَّةُ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَ ذَلِكَ فِيما قَبْلَ هَذَا .

فصل : القسم الخامس ، أَنْ يَحْدُثَ خَوْفٌ عَامٌّ ، يَمْنَعُ مِنْ سُكْنَى ذَلِكَ الْمَكَانِ الَّذِي فِيهِ الْعَيْنُ الْمُسْتَأْجَرَةُ ، أَوْ تُحْصَرَ الْبَلَدُ ، فَيَمْتَنِعَ الْخُرُوجُ إِلَى الْأَرْضِ الْمُسْتَأْجَرَةِ لِلزَّرْعِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، فَهَذَا يُثَبِّتُ لِلْمُسْتَأْجِرِ خِيَارَ الْفُسْخِ ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ غَالِبٌ مَنَعَ^(١٩) الْمُسْتَأْجِرَ اسْتِيفَاءَ الْمَنْفَعَةِ ، فَاثْبَتَ الْخِيَارَ ، كَعُصْبِ الْعَيْنِ . وَلَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيُرْكَبَهَا ، أَوْ يَحْمَلَ عَلَيْهَا إِلَى مَكَانٍ مُعَيَّنٍ ، فَانْقَطَعَتِ الطَّرِيقُ إِلَيْهِ لِخَوْفٍ حَادِثٍ ، أَوْ اكْتَرَى إِلَى مَكَّةَ ، فَلَمْ يَحْجِجْ النَّاسُ ذَلِكَ الْعَامَ مِنْ تِلْكَ الطَّرِيقِ ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فُسْخُ الْإِجَارَةِ . وَإِنْ أَحَبَّ إِبْقَاءُهَا إِلَى حِينِ إِمْكَانِ اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ ، جازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهما ، لَا يَعْدُوها . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْخَوْفُ / خَاصًّا بِالْمُسْتَأْجِرِ ، مِثْلُ أَنْ يَخَافَ وَحْدَهُ لِقُرْبِ أَعْدَائِهِ مِنَ الْمَوْضِعِ الْمُسْتَأْجَرِ ، أَوْ حُلُولِهِمْ فِي طَرِيقِهِ ، لم يَمْلِكِ الْفُسْخُ ؛ لِأَنَّهُ عُدْرٌ

(١٧) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : « زادت » .

(١٨) ذَكَرَ فِي أَوَّلِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّهَا ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ .

(١٩) فِي م : « يَمْنَعُ » .

يَحْتَصُّ بِهِ ، لَا يَمْنَعُ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ بِالْكُلِّيَّةِ ، فَأَشْبَهَ مَرَضَهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ حُيِسَ ، أَوْ مَرِضَ ، أَوْ ضَاعَتْ نَفَقَتُهُ ، أَوْ تَلَفَ مَتَاعُهُ ، لَمْ يَمْلِكْ فَسَخَ الْإِجَارَةَ لِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَ اسْتِيفَاءَ الْمَنَافِعِ لِمَعْنَى مِنْ جِهَتِهِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ ذَلِكَ وَجُوبَ أَجْرِهَا عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ تَرَكَهَا اخْتِيَارًا .

فصل : وَإِذَا اكْتَرَى عَيْنًا ، فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا لَمْ يَكُنْ عَلِمَ بِهِ ، فَلَهُ فَسَخُ الْعَقْدِ ، بغير خِلَافٍ نَعْلَمُهُ . قَالَ ابْنُ الْمُثَنِّ : إِذَا اكْتَرَى ذَاتَهُ بِعَيْنِهَا ، فَوَجَدَهَا جُمُوحًا ، أَوْ عَضُوضًا ، أَوْ نُفُورًا ، أَوْ بِهَا عَيْبٌ غَيْرُ ذَلِكَ مِمَّا يُفْسِدُ رُكُوبَهَا ، فَلِلْمُكْتَرِي الْخِيَارَ ، إِنْ شَاءَ رَدُّهَا وَفَسَخَ الْإِجَارَةَ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهَا . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَلِأَنَّهُ عَيْبٌ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَاتَّبَتِ الْخِيَارَ ، كَالْعَيْبِ فِي يُبُوعِ الْأَعْيَانِ . وَالْعَيْبُ الَّذِي يُرَدُّ بِهِ ، مَا تَنَقَّصُ بِهِ قِيَمَةُ^(٢٠) الْمَنْفَعَةِ ، كَتَعَثُّرِ الظَّهْرِ فِي الْمَشْيِ ، وَالْعَرَجِ الَّذِي يَتَأَخَّرُ بِهِ عَنِ الْقَافِلَةِ ، وَرَبْضِ^(٢١) الْبَهِيمَةِ بِالْحِمْلِ ، وَكَوْنِهَا جُمُوحَةً أَوْ عَضُوضَةً ، وَأَشْبَاهَ ذَلِكَ . وَفِي الْمُكْتَرَى لِلْخِدْمَةِ ؛ ضَعْفُ الْبَصَرِ ، وَالْجُنُونُ ، وَالْجُدَامُ ، وَالْبَرَصُ ، وَفِي الذَّارِ ؛ انْهْدَامُ الْحَائِطِ ، وَالْخَوْفُ مِنْ سُقُوطِهَا ، وَانْقِطَاعُ الْمَاءِ مِنْ بَيْرِهَا ، أَوْ تَغْيِيرُهُ بِحَيْثُ يَمْتَنِعُ الشَّرْبُ وَالْوُضُوءُ ، وَأَشْبَاهَ ذَلِكَ مِنَ التَّقَائِصِ ، وَمَتَى حَدَثَ شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ الْعُيُوبِ بَعْدَ الْعَقْدِ ، ثَبَتَ لِلْمُكْتَرِي خِيَارُ الْفَسَخِ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ لَا يَحْصُلُ قَبْضُهَا إِلَّا شَيْئًا فَشَيْئًا ، فَإِذَا حَدَثَ الْعَيْبُ ، فَقَدْ وَجَدَ قَبْلَ^(٢٢) قَبْضِ الْبَاقِي مِنَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَاتَّبَتِ الْفَسَخُ فِيمَا بَقِيَ مِنْهَا ، وَمَتَى فَسَخَ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ انْفَسَخَ الْعَقْدُ بِتَلَفِ الْعَيْنِ . وَإِنْ رَضِيَ الْمَقَامَ وَلَمْ يَفْسَخْ ، لَزِمَهُ جَمِيعُ الْعَوَضِ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِهِ نَاقِصًا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ رَضِيَ بِالْمَبِيعِ مَعِيًّا . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْمَوْجُودِ ، هَلْ هُوَ عَيْبٌ أَوْ لَا ؟ رُجِعَ فِيهِ إِلَى أَهْلِ الْخَبَرَةِ ، فَإِنْ قَالُوا : لَيْسَ بِعَيْبٍ . مِثْلُ أَنْ تَكُونَ الدَّابَّةُ

(٢٠) سقط من : م .

(٢١) في الأصل : ورفض .

(٢٢) في ب ، م : مثل .

خَشِينَةَ الْمَشَى ، أو أَنَّهَا تُتَعَبُ رَاكِبُهَا لَكَوْنِهَا لَا تُرَكَّبُ كَثِيرًا ، فليس له فَسْخٌ . وإن قالوا : هو غَيْبٌ . فله الْفَسْخُ . هذا إذا كَانَ الْعَقْدُ يَتَعَلَّقُ بِعَيْنِهَا ، فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ مَوْصُوفَةً فِي الدِّمَةِ ، لَمْ يَنْفَسَخِ الْعَقْدُ ، وَعَلَى الْمُكْرَى إِبْدَالُهَا ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِعَيْنِهَا ، أَشْبَهَ الْمُسْلِمَ فِيهِ إِذَا سَلَّمَهُ^(٢٣) عَلَى غَيْرِ صِفَتِهِ . فَإِنْ عَجَزَ عَنْ إِبْدَالِهَا ، أَوْ اِمْتَنَعَ مِنْهُ ، وَلَمْ يُمْكِنْ إِجْبَارُهُ عَلَيْهِ ، فَلِلْمُكْرَى الْفَسْخُ أَيْضًا .

فصل : وعلى الْمُكْرَى مَا يَتِمَّكُنُّ بِهِ مِنَ الْاِئْتِفَاعِ ، كَتَسْلِيمِ مَفَاتِيحِ الدَّارِ وَالْحَمَّامِ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ / التَّمَكُّنَ مِنَ الْاِئْتِفَاعِ ، وَتَسْلِيمِ مَفَاتِيحِهَا تَمَكُّنٌ مِنَ الْاِئْتِفَاعِ ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ . فَإِنْ ضَاعَتْ ، بغيرِ تَفْرِيطٍ مِنَ الْمُكْرَى ، فَعَلَى الْمُكْرَى بَدْلُهَا ؛ لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُكْرَى ، فَأَشْبَهَ ذَلِكَ حَيْطَانَ الدَّارِ وَأَبْوَابَهَا . وَعَلَيْهِ بِنَاءُ حَائِطٍ إِنْ سَقَطَ ، وَإِبْدَالُ خَشِينَةِ إِنْ انْكَسَرَتْ^(٢٤) . وَعَلَيْهِ تَبْلِيصُ الْحَمَّامِ ، وَعَمَلُ الْأَبْوَابِ وَالْبِرْكِ^(٢٥) وَمَجْرَى الْمَاءِ ؛ لِأَنَّهُ بِذَلِكَ يَتِمَّكُنُّ مِنَ الْاِئْتِفَاعِ ، وَمَا كَانَ لِاسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ ، كَالْحَبْلِ وَالذَّلْوِ وَالْبَكْرَةِ ، فَعَلَى الْمُكْرَى . وَأَمَّا التَّحْسِينُ وَالتَّرْوِيقُ ، فَلَا يَلْزَمُ وَاحِدًا مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الْاِئْتِفَاعَ مُمَكِّنٌ بِذَوْنِهِ . وَأَمَّا تَنْقِيَةُ الْبَالُوَةِ وَالْكُنْفِ ، فَإِنْ اِحتِيجَ إِلَى ذَلِكَ عِنْدَ الْكِرَاءِ ، فَعَلَى الْمُكْرَى ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا يَتِمَّكُنُّ بِهِ مِنَ الْاِئْتِفَاعِ ، وَإِنْ اِمْتَلَأَتْ بِفِعْلِ الْمُكْرَى ؛ فَعَلَيْهِ تَفْرِيعُهَا . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : هُوَ عَلَى رَبِّ الدَّارِ ؛ لِأَنَّ بِهِ يَتِمَّكُنُّ مِنَ الْاِئْتِفَاعِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اكْتَرَى وَهِيَ مَلَأَى . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الْقِيَاسُ أَنَّهُ عَلَى الْمُكْرَى ، وَالِاسْتِحْسَانُ أَنَّهُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ ؛ لِأَنَّ عَادَةَ النَّاسِ ذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّ ذَلِكَ حَصَلَ بِفِعْلِ الْمُكْرَى ، فَكَانَ عَلَيْهِ تَنْظِيفُهُ كَمَا لَوْ^(٢٦) طَرَحَ فِيهَا قُمَاشًا . وَالْقَوْلُ فِي تَفْرِيعِ جِيَّةِ^(٢٧) الْحَمَّامِ ، الَّتِي هِيَ

(٢٣) فِي الْأَصْلِ : « سَلَّمَ » .

(٢٤) فِي ١ ، ب ، م : « انْكَسَرَتْ » .

(٢٥) فِي ب ، م : « وَالْبِرْكِ » .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « كَانَ » .

(٢٧) الْجِيَّةُ : الْمَوْضِعُ الَّذِي يَجْتَمِعُ فِيهِ الْمَاءُ .

مَصْرُفُ مائه^(٢٨) ، كَالْقَوْلِ فِي بَالُوَةِ الدَّارِ . وَإِنْ انْقَضَتْ الْإِجَارَةُ ، وَفِي الدَّارِ زَيْلٌ أَوْ قِمَامَةٌ مِنْ فِعْلِ السَّاكِنِ ، فَعَلِيهِ نَقْلُهُ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبَى ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ عَلَى مُكْتَرِي الْحَمَّامِ ، أَوْ غَيْرِهِ ، أَنْ مَدَّةَ تَعْطِيلِهِ عَلَيْهِ ، لَمْ يَجْزَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُوجَرَ مَدَّةً لَا يُمْكِنُ الْإِتِّفَاعُ فِي بَعْضِهَا ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ أَنَّهُ يَسْتَوْفِي بِقَدْرِهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ مَدَّتِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدَّى إِلَى أَنْ يَكُونَ انْتِهَاءُ مَدَّةِ الْإِجَارَةِ مَجْهُولًا . فَإِنْ أَطْلُقَ ، وَتَعَطَّلَ ، فَهُوَ عَيْبٌ حَادِثٌ ، وَالْمُكْتَرِي بِالْخِيَارِ بَيْنَ الْإِمْسَاكِ بِكُلِّ الْأَجْرِ وَبَيْنَ الْفَسْخِ . وَيَتَخَرَّجُ أَنَّ لَهُ أَرْضَ الْعَيْبِ ، قِيَاسًا عَلَى الْمَبِيعِ الْمَعِيبِ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِالْعَيْبِ حَتَّى انْقَضَتْ مَدَّةُ الْإِجَارَةِ ، فَعَلِيهِ الْأَجْرُ كُلُّهُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ عَلِمَ الْعَيْبَ بَعْدَ الْعَقْدِ فَرَضِيَّهِ ، وَيَتَخَرَّجُ أَنَّ لَهُ أَرْضَ الْعَيْبِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى مَعِييًّا ، فَلَمْ يَعْلَمْ عَيْبَهُ حَتَّى أَكَلَهُ ، أَوْ تَلَفَ فِي يَدِهِ .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ الْإِثْفَاقَ عَلَى الْعَيْنِ النَّفَقَةَ الْوَاجِبَةَ عَلَى الْمُكْرِي ، كَعِمَارَةِ الْحَمَّامِ ، إِذَا شَرَطَهَا عَلَى الْمُكْتَرِي^(٢٩) ، فَالشَّرْطُ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ مِلْكٌ لِلْمُؤْجِرِ فَتَنَفَقْتُهَا عَلَيْهِ . وَإِذَا اتَّفَقَ بِنَاءً عَلَى هَذَا ، اخْتَسَبَ بِهِ عَلَى الْمُكْرِي ؛ لِأَنَّهُ اتَّفَقَ عَلَى مِلْكِهِ بِشَرْطِ الْعَوَضِ . فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ مَا اتَّفَقَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُكْرِي ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ . فَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ^(٣٠) ، لَكِنْ أُذِنَ لَهُ فِي الْإِثْفَاقِ ، لِيَحْتَسِبَ لَهُ مِنَ الْأَجْرِ ، فَعَلَّ^(٣١) ، ثُمَّ اخْتَلَفَا^(٣٢) فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُكْرِي أَيْضًا . وَإِنْ اتَّفَقَ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، لَمْ يَرْجَعْ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ اتَّفَقَ عَلَى مَالِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ نَفَقَةً غَيْرَ وَاجِبَةٍ عَلَى الْمَالِكِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ عَمَرَ دَارًا لَهُ أُخْرَى .

و ٩٠/٥

(٢٨) فِي م : « الْمَاء » .

(٢٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

(٣٠) فِي الْأَصْل : « يَشْرُط » .

(٣١) فِي الْأَصْل : « بَفْعَلِهِ » .

(٣٢) فِي ب زِيَادَةً : « فِي قَدْرِ مَا اتَّفَقَ » .

٨٩٧ - مسألة ؛ قال : (وَمَنِ اسْتَوْجَرَ لِعَمَلٍ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ ، فَمَرِضٌ ، أُقِيمَ مَقَامُهُ مَنْ يَعْمَلُهُ ، وَالْأَجْرَةُ عَلَى الْمَرِيضِ)

وجملة ذلك ، أنه يجوز استئجار الأدمي ، بغير خلاف بين أهل العلم ، وقد آجر موسى عليه السلام نفسه لرعاية الغنم ^(١) . واستأجر النبي ﷺ وأبو بكرٍ رجلاً ليدلّهما على الطريق ^(٢) . وذكر النبي ﷺ رجلاً استأجر أجراً ، كل أجير يفرق من ذرة ، وقال : « إِنَّمَا مَثَلُكُمْ وَمَثَلُ أَهْلِ الْكِتَابِ ، كَمَثَلِ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أَجْرَاءَ ، فَقَالَ : مَنْ يَعْمَلُ لِي مِنْ غُدُوَّةٍ إِلَى نِصْفِ النَّهَارِ عَلَى قِرَاطٍ قِرَاطٍ ^(٣) ؟ فَعَمِلَتِ الْيَهُودُ . ثُمَّ قَالَ : مَنْ يَعْمَلُ لِي مِنْ نِصْفِ النَّهَارِ إِلَى الْعَصْرِ عَلَى قِرَاطٍ قِرَاطٍ ؟ فَعَمِلَتِ النَّصَارَى . ثُمَّ قَالَ : مَنْ يَعْمَلُ لِي مِنَ الْعَصْرِ إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ عَلَى قِرَاطَيْنِ قِرَاطَيْنِ ؟ فَعَمِلْتُمْ أَنْتُمْ ^(٤) . فَغَضِبَتِ الْيَهُودُ وَالنَّصَارَى ، وَقَالُوا : نَحْنُ أَكْثَرُ عَمَلًا وَأَقْلُ أَجْرًا فَقَالَ : هَلْ ظَلَمْتُمْ مَنْ أَجَرَكُمْ شَيْئًا ؟ قَالُوا : لَا . قَالَ : فَإِنَّمَا هُوَ فَضْلِي أُوتِيَهُ مَنْ أَشَاءُ » ^(٥) . ولأنه يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه ، فجازت إجارته ، كاللّويز . ثم إجارته تقع على ضربين ؛ أحدهما ، استئجاره مدة بعينه ، لعمل بعينه ، كإجارة موسى عليه السلام نفسه ثمانين حجج ، واستئجار الأجراء المذكورين في الخبر . والثاني ، استئجاره على عمل معين في الذمة ، كاستئجار النبي ﷺ وأبي بكرٍ دليلاً يدلّهما على الطريق ، واستئجار رجلٍ لخياطة قميصٍ أو بناءٍ حائطٍ ، ويتنوع ذلك

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٥ .

(٢) سقط من : ب ، م .

(٣) سقط من : ب .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب الإجارة إلى نصف النهار ، وباب الإجارة إلى صلاة العصر ، من كتاب الإجارة ، وفي : باب ما ذكر عن بني إسرائيل ، من كتاب الأنبياء ، وفي : باب فضل القرآن على سائر الكلام ، من كتاب فضائل القرآن . صحيح البخاري ١١٧/٣ ، ١١٨ ، ٢٠٧/٤ ، ٢٣٥/٦ . والترمذي ، في : باب ما جاء في مثل ابن آدم وأجله وأمله ، من أبواب الأدب . عارضة الأحوذى ٣٢١/١٠ ، ٣٢٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١١١ ، ٦/٢ .

نَوْعَيْنِ ؛ أحدهما ، أن تَقَعَ الإِجَارَةُ عَلَى عَيْنٍ ، كإِجَارَةِ عَبْدِهِ لِرِغَايَةِ غَنَمٍ ^(٥) ، أو وَلَدِهِ لِعَمَلٍ مُعَيَّنٍ . والثاني ، أن تَقَعَ عَلَى عَمَلٍ فِي الذِّمَّةِ ، كخِطَابَةِ قَمِيصٍ وَبِنَاءِ حَائِطٍ ، فَمَتَى كَانَتْ عَلَى عَمَلٍ فِي ذِمَّتِهِ فَمَرَضَ ، وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يُقِيمَ مُقَامَهُ مَنْ يَعْمَلُهُ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ وَجَبَ فِي ذِمَّتِهِ ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ إِيفَاؤُهُ ، كَالْمُسْلِمِ فِيهِ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ إِنْظَارُهُ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ بِإِطْلَاقِهِ يَفْتَضِي التَّعْجِيلَ ، وَفِي التَّأْخِيرِ إِضْرَارٌ بِهِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ الإِجَارَةُ عَلَى عَيْنِهِ ^(٦) فِي مُدَّةٍ أَوْ غَيْرِهَا ، فَمَرَضَ / لَمْ يُقَمْ غَيْرُهُ مُقَامَهُ ؛ لِأَنَّ الإِجَارَةَ وَقَعَتْ عَلَى عَمَلِهِ بِعَيْنِهِ ، لَا عَلَى شَيْءٍ فِي ذِمَّتِهِ ، وَعَمَلٌ غَيْرُهُ لَيْسَ مَعْقُودًا عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَى مُعَيَّنٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَى مُعَيَّنًا ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ غَيْرَهُ ، وَلَا يُبَدِّلَهُ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ وَقَعَ فِي الذِّمَّةِ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ إِبْدَالُ الْمَعِيبِ ، وَلَا يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ بِتَلَفٍ مَا تَسَلَّمَهُ ، وَالْمَبِيعُ الْمُعَيَّنُ بِخِلَافِهِ ، فَكَذَلِكَ الإِجَارَةُ . وَإِنْ كَانَتْ الإِجَارَةُ عَلَى عَمَلٍ فِي الذِّمَّةِ ، لَكِنَّهُ لَا يَقُومُ غَيْرُ الْأَجِيرِ مُقَامَهُ ، كَالنَّاسِخِ ، فَإِنَّهُ يَخْتَلِفُ الْقَصْدُ فِيهِ بِاخْتِلَافِ الْخُطُوطِ ، لَمْ يَكْلَفْ إِقَامَةُ غَيْرِهِ مُقَامَهُ ، وَلَا يَلْزَمُ الْمُسْتَأْجِرُ قَبُولَ ذَلِكَ إِنْ بَذَلَهُ الْأَجِيرُ ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ لَا يَحْصُلُ مِنْ غَيْرِ النَّاسِخِ ، كَحُصُولِهِ مِنْهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَسْلَمَ إِلَيْهِ فِي نَوْعٍ ، فَسَلَّمَ إِلَيْهِ غَيْرَهُ . وَهَكَذَا كُلُّ مَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَعْيَانِ .

ظ ٩٠/٥

فصل : يَجُوزُ الْاسْتِئْجَارُ لِحَفْرِ الْآبَارِ وَالْأَنْهَارِ وَالْقُنْيِ ؛ لِأَنَّهَا مَنْفَعَةٌ مَعْلُومَةٌ ، يَجُوزُ أَنْ يَتَطَوَّعَ بِهَا الرَّجُلُ عَلَى غَيْرِهِ ، فَجَازَ عَقْدُ الإِجَارَةِ عَلَيْهَا ^(٧) ، كَالْخِدْمَةِ . وَلَا بَدَّ مِنْ تَقْدِيرِ الْعَمَلِ بِمُدَّةٍ ، أَوْ عَمَلٍ مُعَيَّنٍ ، فَإِنْ قَيَّدَهُ بِمُدَّةٍ ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : اسْتَأْجَرْتُكَ شَهْرًا ، لِتَحْفِرَ لِي بُئْرًا ^(٨) أَوْ نَهْرًا ^(٩) . لَمْ يَحْتَجْ إِلَى مَعْرِفَةِ الْقَدْرِ ^(٩) وَعَلَيْهِ أَنْ يَحْفِرَ ذَلِكَ

(٥) فِي ب ، م : « غَنَمِهِ » .

(٦) فِي ب ، م : « عَبْدِهِ » .

(٧) فِي م : « عَلَيْهِ » .

(٨ - ٨) سَقَطَ مِنْ ب .

(٩) فِي م : « الْقُنْيِ » .

الشَّهْر ، قَلِيلًا حَفَرَ^(١٠) أَوْ كَثِيرًا . وَيَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الْأَرْضِ الَّتِي يَحْفَرُ فِيهَا . وَقَالَ
بَعْضُ أَصْحَابِنَا : لَا يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَتِهَا ؛ لِأَنَّ الْعَرْضَ لَا يَخْتَلِفُ بِذَلِكَ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى
إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ قَدْ تَكُونُ صُلْبَةً ، فَيَكُونُ الْحَفْرُ عَلَيْهِ شَاقًّا ، وَقَدْ تَكُونُ
سَهْلَةً ، فَيَسْهُلُ ذَلِكَ عَلَيْهِ . وَإِنْ قَدَّرَهُ بِالْعَمَلِ ، فَلَا بَدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ الْوَضْعِ^(١١)
بِالْمُشَاهَدَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَوَاضِعَ تَخْتَلِفُ بِالسَّهُولَةِ وَالصَّلَابَةِ ، وَلَا يَنْضَبِطُ ذَلِكَ بِالصَّفَةِ .
وَيَعْرِفُ دَوْرَ الْبَيْرِ ، وَعُمْقُهَا ، وَطُولَ النَّهْرِ ، وَعُمْقُهُ ، وَعَرْضُهُ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ يَخْتَلِفُ
بِذَلِكَ . فَإِذَا حَفَرَ بَيْرًا ، فَعَلَيْهِ شَيْلُ التُّرَابِ^(١٢) ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الْخَفَرُ إِلَّا بِذَلِكَ ، فَقَدْ
تَضَمَّنَتْ الْعَقْدُ . فَإِنْ تَهَوَّرَ تُرَابٌ مِنْ جَانِبَيْهَا ، أَوْ سَقَطَتْ فِيهِ بَهِيمَةٌ^(١٣) أَوْ نَحْوُ
ذَلِكَ^(١٤) ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْلُهُ ، وَكَانَ عَلَى صَاحِبِ الْبَيْرِ ؛ لِأَنَّهُ سَقَطَ فِيهَا مِنْ مِلْكِهِ ، وَلَمْ
يَتَضَمَّنْ عَقْدُ الْإِجَارَةِ رَفْعَهُ . وَإِنْ وَصَلَ إِلَى صَخْرَةٍ أَوْ جَمَادٍ يَمْنَعُ الْحَفْرَ ، لَمْ يَلْزَمْهُ
حَفْرُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُخَالِفٌ لِمُشَاهَدَةِ الْأَرْضِ ، وَإِنَّمَا اعْتَبِرَتْ مُشَاهَدَةُ الْأَرْضِ لِأَنَّهَا
تَخْتَلِفُ ، فَإِذَا ظَهَرَ فِيهَا مَا يُخَالِفُ الْمُشَاهَدَةَ ، كَانَ لَهُ الْخِيَارُ فِي الْفَسْخِ ، فَإِذَا فَسَخَ ،
كَانَ لَهُ مِنَ الْأَجْرِ بِحِصَّةِ مَا عَمِلَ فَيُقْسَطُ الْأَجْرُ عَلَى مَا بَقِيَ وَمَا عَمِلَ ، فَيَقَالُ : كَمْ أَجْرُ
مَا عَمِلَ ؟ وَكَمْ أَجْرُ مَا بَقِيَ ؟! وَيُقْسَطُ الْأَجْرُ الْمُسَمَّى عَلَيْهِمَا . وَلَا/ يَجُوزُ تَقْسِيطُهُ عَلَى
عَدَدِ الْأَذْرَعِ ؛ لِأَنَّ أَعْلَى الْبَيْرِ يَسْهُلُ نَقْلُ التُّرَابِ مِنْهُ ، وَأَسْفَلُهُ يَشَقُّ ذَلِكَ فِيهِ . وَإِنْ
تَبَعَ مَا يَمْنَعُهُ^(١٥) مِنَ الْحَفْرِ ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الصَّخْرَةِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَيجوزُ الاستِجَارُ لِضَرْبِ اللَّبَنِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَيَكُونُ عَلَى مُدَّةٍ أَوْ عَمَلٍ ،
فَإِنْ قَدَّرَهُ بِالْعَمَلِ ، احْتَاجَ إِلَى تَبْيِينِ عَدْدِهِ ، وَذِكْرِ قَالِهِ ، وَمَوْضِعِ الضَّرْبِ ؛ لِأَنَّ
الْأَجَرَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهِ ؛ لَكُونِ التُّرَابِ فِي بَعْضِ الْأَمَاكِنِ أَسْهَلَ ، وَالْمَاءُ أَقْرَبَ . فَإِنْ

(١٠) فِي م : « حَتَّى » .

(١١) لَعَلَّ الصَّوَابَ : « الْمَوْضِع » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٣ - ١٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « مَنَعَهُ » .

كان هناك قَالِبٌ مَعْرُوفٌ لَا يَخْتَلِفُ ، جازَ ، كما إذا كان المِكْيَالُ مَعْرُوفًا . وإن قَدَّرَهُ بالطُّولَ والعَرْضَ والسُّمُكَ ، جازَ . ولا يَكْتَفِي بِمُشَاهَدَةِ قَالِبِ الضَّرْبِ إذا لم يَكُنْ مَعْرُوفًا ؛ لِأَنَّ فِيهِ غَرَرًا . وَقَدْ يَتَلَفُ الْقَالِبُ ، فلا يَصِحُّ ، كما لو أَسْلَمَ فِي مِكْيَالٍ بَعِيْنِهِ .

فصل : ويجوزُ الاستِجَارُ لِلْبِنَاءِ ، وتَقْدِيرُهُ بِالزَّمانِ أَوِ الْعَمَلِ ، فإن قَدَّرَهُ بِالْعَمَلِ ، فلا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ مَوْضِعِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ أَيْضًا بِقُرْبِ الْمَاءِ ، وَسُهولةِ التُّرابِ . ولا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ طُولِهِ ، وَعَرْضِهِ ، وَسُمْكِهِ ، وآلَةِ الْبِنَاءِ مِنْ لَبَنِ وَطِينٍ ، أَوْ حَجَرٍ وَطِينٍ ، أَوْ شِيدٍ^(١٥) وَآجَرٍ ، أَوْ غيرِ ذلك . قال ابنُ أُمَيٍّ موسى : وإذا اسْتَأْجَرَهُ لِبِنَاءِ أَلْفِ لَبْنَةٍ فِي حَائِطِهِ^(١٦) ، أَوْ اسْتَأْجَرَهُ يَبْنِي لَهُ فِيهِ يَوْمًا ، فَعَمِلَ مَا اسْتَأْجَرَهُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ سَقَطَ الْحَائِطُ ، فَلَهُ أَجْرُهُ ؛ لِأَنَّهُ وَفَّى الْعَمَلَ . وإن قال : أَرَفَعْتُ لِي هَذَا الْحَائِطَ عَشْرَةَ أَذْرُعٍ ، فَرَفَعَ بَعْضُهُ ، ثُمَّ سَقَطَ ، فَعَلِيهِ إِعَادَةُ مَا سَقَطَ ، وإِثْمًا ما وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْإِجَارَةُ مِنَ الذَّرْعِ . وهذا إذا لم يَكُنْ سُقُوطُهُ فِي الْأَوَّلِ لِأَمْرِ مِنْ جِهَةِ الْعَامِلِ ، فَأَمَّا إِنْ قَرَطَ ، أَوْ بَنَاهُ مَحْلُولًا ، أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ ، فَسَقَطَ ،^(١٧) فَعَلِيهِ إِعَادَتُهُ^(١٨) ، وَغَرَامَةُ مَا تَلَفَ مِنْهُ .

فصل : ويجوزُ الاستِجَارُ لِتَطْيِينِ السُّطُوحِ وَالْحِيطَانِ وَتَجْصِيصِهَا . ولا يجوزُ عَلَى عَمَلٍ مُعَيَّنٍ ؛ لِأَنَّ الطِّينَ يَخْتَلِفُ ، فَمِنْهُ رَقِيقٌ وَثَخِينٌ ، وَأَرْضُ السَّطْحِ^(١٩) تَخْتَلِفُ ،^(٢٠) فَمِنْهَا الْعَالِي وَمِنْهَا النَّازِلُ^(٢١) ، وَكَذَلِكَ الْحِيطَانُ ، فَلِذَلِكَ لَمْ يَجُزْ إِلَّا عَلَى مُدَّةٍ .

فصل : ويجوزُ اسْتِجَارُ نَاسِيخٍ لِيَنْسَخَ لَهُ كُتُبُ فِقْهِ أَوْ حَدِيثٍ ، أَوْ شِعْرًا مُبَاحًا ، أَوْ سِجَلَاتٍ ، نَصَّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ مُتْنَى بْنِ جَامِعٍ ، وَسَأَلَهُ عَنْ كِتَابَةِ الْحَدِيثِ

(١٥) الشيد : ما طلى به حائط من جص ونحوه .

(١٦) في الأصل : « حائط » .

(١٧ - ١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) في ب : « السطوح » .

(٢٠ - ٢١) في الأصل : « فيها العالي والنازل » .

بالأجر ، فلم ير به بأساً . ولا بد من التقدير بالمدة أو العمل ، فإن قدره بالعمل ، ذكر
عَدَدَ الأُزَاقِ ، وقَدَرَهَا ، وعَدَدَ السُّطُورِ في كُلِّ وَرَقَةٍ ، وقَدَرِ الحَوَاشِي ، ودَقَّةَ القَلَمِ
وغلظه . فإن عَرَفَ الحِطَّ بالمشاهدة ، جاز ، وإن أمكن ضبطه بالصفة ضبطه ، وإلا
فلا بد من مشاهدته ؛ لأن الأجر يختلف باختلافه . ويجوز تقدير الأجر / بأجزاء
الفرع ، ويجوز بأجزاء الأصل المنسوخ منه . وإن قاطعه على نسخ الأصل بأجر
واحد ، جاز . وإذا أخطأ بالشئ اليسير ، الذي جرت العادة به ، عُفِيَ عنه ؛ لأن
ذلك لا يُمَكِّنُ التحرز منه . وإن أسرف في القلط ، بحيث يخرج عن العادة ، فهو عيب
يُرَدُّ به . قال ابن عَقيِل : وليس له مُحَادَثَةٌ غيرِه حال^(٢٠) النسخ ، ولا التَّشَاغُلُ بما
يَشغُلُ سِرَّهُ ويوجب غلظه ، ولا لغيره تحديته وشغله . وكذلك كل الأعمال التي
تَحْتَغِلُ بِشغْلِ السِّرِّ والقلب ، كالقَصَارَةِ والنَّسَاجَةِ ، ونحوهما .

فصل : ويجوز أن يستأجر من يكتب له مصحفاً ، في قول أكثر أهل العلم . وروى
ذلك عن جابر بن زَيْد ، ومالك بن دينار . وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وأبو ثور ،
وابن المنذر . وقال ابن سيرين : لا بأس أن يستأجر الرجل شهراً ، ثم يستكثبه
مصحفاً . وكرة علقمة كتابة المصحف بالأجر^(٢١) . ولعله يرى أن ذلك مما يختص
فاعله بكونه من أهل القرية ، فكرة الأجر عليه ، كالصلاة . ولنا ، أنه فعل مباح يجوز
أن يتوب فيه الغير عن الغير ، فجاز أخذ الأجر عليه ، ككتابة الحديث ، وقد جاء في
الحَبَرِ : « أَحَقُّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللَّهِ »^(٢٢) .

فصل : ويجوز أن يستأجر لحصاد زرع . ولا تعلم فيه خلافاً بين أهل العلم . وكان
إبراهيم بن أدهم يؤجر نفسه لحصاد الزرع . ويجوز أن يُقَدَّرَ بمدة ، ويعمل معين ،

(٢٠) في ب ، م : « حالة » .

(٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) أخرجه البخاري ، في : باب ما يعطى في الرقة على أحياء العرب ، من كتاب الإجارة ، وفي : باب الشرط
في الرقة بقطع من الغنم ، من كتاب الطب . صحيح البخاري ١٢١/٣ ، ١٧١/٧ . والدارقطني ، في : كتاب
البيوع ، سنن الدارقطني ٦٥/٣ .

مثل أن يُقَاطِعَهُ عَلَى حَصَادِ زَرْعٍ مُعَيَّنٍ . ويجوزُ أن يَسْتَأْجِرَ رَجُلًا لِسُقْيِ زَرْعِهِ ،
وَتَنْقِيَتِهِ ، وَدِيَاسِهِ ، وَنَقْلِهِ إِلَى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ . ويجوزُ أن يَسْتَأْجِرَ رَجُلًا لِيَحْتَطِبَ لَهُ ؛
لأنَّهُ عَمَلٌ مُبَاحٌ تَدْخُلُهُ النَّيَابَةُ ، أَشْبَهَ حَصَادَ الزَّرْعِ . قالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا
عَلَى أَنْ يَحْتَطِبَ لَهُ عَلَى جِمَارَيْنِ كُلِّ يَوْمٍ ، فَكَانَ الرَّجُلُ يَنْقُلُ عَلَيْهِمَا وَعَلَى حَمِيرٍ لِرَجُلٍ
آخَرَ ، وَيَأْخُذُ مِنْهُ الْأَجْرَةَ . فَإِنْ كَانَ يَدْخُلُ عَلَيْهِ ضَرَرٌ ، يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ . فَظَاهِرُ
هَذَا أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ يَرْجِعُ عَلَى الْأَجِيرِ بِقِيَمَةِ مَا اسْتَضَرَّ بِاشْتِغَالِهِ^(٢٣) عَنْ عَمَلِهِ ؛ لِأَنَّهُ
قَالَ : إِنْ كَانَ يَدْخُلُ عَلَيْهِ ضَرَرٌ يَرْجِعُ عَلَيْهِ^(٢٤) بِالْقِيَمَةِ . فَاعْتَبَرَ الضَّرَرُ ، وَظَاهِرُ
هَذَا^(٢٥) أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَسْتَضِرَّ ، لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ اكْتَرَاهَ لِعَمَلٍ ، فَوَفَّاهُ عَلَى التَّمَامِ ،
فَلَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهُ لِعَمَلٍ ، فَكَانَ يَقْرَأُ الْقُرْآنَ فِي حَالِ عَمَلِهِ ، فَإِنْ ضَرَّ
الْمُسْتَأْجِرَ ، رَجَعَ^(٢٥) عَلَيْهِ بِقِيَمَةِ مَا فَوَّتَ عَلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِقِيَمَةِ
مَا عَمَلَهُ لغيرِهِ ؛ لِأَنَّهُ صَرَفَ مَنَافِعَهُ الْمَعْقُودَ عَلَيْهَا إِلَى عَمَلٍ غَيْرِ الْمُسْتَأْجِرِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ
قِيَمَتُهَا ، كَمَا لَوْ عَمِلَ لِنَفْسِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : / معناه أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالْأَجْرِ الَّذِي أَخَذَهُ
مِنَ الْآخِرِ ، لِأَنَّ مَنَافِعَهُ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ مَمْلُوكَةٌ لغيرِهِ ، فَمَا حَصَلَ فِي مُقَابَلَتِهَا يَكُونُ لِلَّذِي
اسْتَأْجَرَهُ .

و ٩٢/٥

فصل : ويجوزُ الاسْتِئْجَارُ لِاسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ ، فِي النَّفْسِ^(٢٦) وَمَا دُونَهَا^(٢٦) . وَبِهِ
قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجُوزُ فِي النَّفْسِ ؛ لِأَنَّ عَدَدَ
الضَّرَبَاتِ يَخْتَلِفُ ، وَمَوْضِعُ الضَّرَبَاتِ غَيْرُ مُتَعَيَّنٍ ، إِذْ يُمَكِّنُ أَنْ يَضْرِبَ مِمَّا^(٢٧) يَلِي
الرَّأْسَ وَمِمَّا^(٢٧) يَلِي الْكَتِفَ ، فَكَانَ مَجْهُولًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَقٌّ يَجُوزُ التَّوَكُّيلُ فِي
اسْتِيفَائِهِ ، لَا يَخْتَصُّ فَاعِلُهُ بِكَوْنِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرْبَةِ ، فَجَازَ الاسْتِئْجَارُ عَلَيْهِ ، كَالْقِصَاصِ
فِي الطَّرَفِ . وَقَوْلُهُ : إِنَّ عَدَدَ الضَّرَبَاتِ يَخْتَلِفُ ، وَهُوَ مَجْهُولٌ . يَبْطُلُ بِخِيَاطَةِ

(٢٣) فِي الْأَصْلِ : بِاسْتِعْمَالِهِ .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٥) فِي ب ، م : يَرْجِعُ .

(٢٦ - ٢٦) فِي م : فَمَا دُونَهُمَا .

(٢٧ - ٢٧) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرًا .

الثَّوبِ ، فَإِنَّ عَدَدَ الْغُرَزَاتِ مَجْهُوْلٌ . وَقَوْلُهُ : إِنْ مَحَلَّهُ غَيْرُ مُتَعَيَّنٍ . ^(٢٨) قُلْنَا : هُوَ مُتَقَارِبٌ ، فَلَا يَمْنَعُ ذَلِكَ صِحَّتَهُ ، كَمَوْضِعِ الْخِيَاطَةِ مِنْ حَاشِيَةِ الثَّوبِ . وَالْأَجْرُ عَلَى الْمُقْتَصِّ مِنْهُ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : هُوَ عَلَى الْمُسْتَوْفَى ، لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَيَّنٍ ^(٢٩) ، فَلَيْسَ عَلَى الْمُقْتَصِّ مِنْهُ إِلَّا التَّمَكِينُ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى ثَمَرَةَ نَخْلِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَجْرٌ يَجِبُ لِإِفَاءِ حَقٍّ ، فَكَانَ عَلَى الْمُؤَفَّى ، كَأَجْرِ الْكَيْالِ وَالْوَزَانِ . وَمَا ذَكَرُوهُ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ الْقَطْعَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ الثَّمَرَةِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ مَكَّنُهُ مِنَ الْقَطْعِ فَلَمْ يَقْطَعْ ، وَقَطَعَهُ آخَرُ ، لَمْ يَسْقُطْ حَقُّ صَاحِبِ الْقِصَاصِ ، وَلَوْ كَانَ التَّمَكِينُ ^(٣٠) تَسْلِيمًا ، لَسَقَطَ حَقُّهُ كَالثَّمَرَةِ .

فصل : وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ رَجُلٍ لِيُدْلَّهُ عَلَى طَرِيقٍ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَأَبَا بَكْرٍ ، اسْتَأْجَرَا عَبْدَ اللَّهِ بْنَ أَرْقِطٍ هَادِيًا خَرِيئًا ^(٣١) ، وَهُوَ الْمَاهِرُ بِالْهَدَايَةِ ، لِيُدْلَّهُمَا عَلَى طَرِيقِ الْمَدِينَةِ . وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ كَيْالٍ ، وَوَزَانٍ ، لِعَمَلِ مَعْلُومٍ ، أَوْ فِي مَدَّةٍ مَعْلُومَةٍ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ . وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مَخَالَفًا . وَقَدَرُوهُ فِي حَدِيثِ سُؤْدِ بْنِ قَيْسٍ : أَنَا نَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَاشْتَرَى مِنَّا رَجُلٌ سَرَاوِيلَ ، وَثَمَّ رَجُلٌ يَزَنُ بِأَجْرِ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « زِنْ ، وَأَرْجِحْ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٣٢) . وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ رَجُلٍ لِيُلَازِمَ غَرِيمًا يَسْتَحِقُّ مُلَازِمَتَهُ . وَسُئِلَ أَحْمَدُ عَنْ ذَلِكَ ، فَقَالَ : لَا بَأْسَ قَدْ شَعَلَهُ . وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ : غَيْرُ هَذَا أَعْجَبُ إِلَيَّ . كَرِهَهُ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَوَّلُ إِلَى الْخُصُومَةِ ، وَفِيهِ تَضْيِيقٌ عَلَى مُسْلِمٍ ، وَلَا يَأْمَنُ أَنْ يَكُونَ ظَالِمًا ، فَيُسَاعِدَهُ عَلَى ظُلْمِهِ ، لَكِنَّهُ جَائِزٌ فِي الْجُمْلَةِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ مُحَقِّقٌ ، فَإِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْحَاكِمَ لَا يَحْكُمُ إِلَّا بِحَقٍّ ، وَهَذَا أَجْزَأُ لِلْمُؤَكَّلِ فِعْلُهُ .

(٢٨ - ٢٨) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢٩) في الأصل : « التمهيك » .

(٣٠) تقدم تخريجه في صفحة ٥ .

(٣١) تقدم تخريجه في : ٣٨٢/٦ .

فصل : / ويجوز أن يستأجر سمساراً ، يشتري^(٣٢) له ثياباً ، ورخص فيه ابن سيرين ، وعطاء ، والنخعي . وكرهه الثوري ، وحماد . ولنا ، أنها منفعة مباحة ، تجوز الثيابة فيها ، فجاز الاستئجار عليها ، كالبناء . ويجوز على مدة معلومة ، مثل أن يستأجره عشرة أيام يشتري له فيها ؛ لأن المدة معلومة ، والعمل معلوم ، أشبه الخياط والقصار . فإن عيّن العمل دون الزمان ، فجعل له من كل ألف درهم شيئاً معلوماً ، صح أيضاً . وإن قال : كلما اشتريت ثوباً ، فلك^(٣٣) درهم أجراً . وكانت الثياب معلومة بصفة ، أو مقدرة بضمن ، جاز . وإن لم يكن كذلك ، فظاهر كلام أحمد ، أنه لا يجوز ؛ لأن الثياب تختلف باختلاف أثمانها ، والأجر يختلف باختلافها ، فإن اشترى ، فله أجر مثله . وهذا قول أبي ثور ، وابن المنذر ؛ لأنه عمل عملاً يعوض لم يسلم له ، فكان له أجر المثل ، كسائر الإجازات الفاسدة .

فصل : وإن استأجره^(٣٤) لبيع له ثياباً بعينها ، صح . وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يصح ؛ لأن ذلك يتعذر عليه ، فأشبهه ضراب الفحل ، وحمل الحجر الكبير . ولنا ، أنه عمل مباح ، تجوز الثيابة فيه ، وهو معلوم ، فجاز^(٣٥) الاستئجار عليه كثير الثياب ، ولأنه يجوز عقد الإجارة عليه مقدراً بزمان^(٣٥) ، فجاز مقدراً بعمل^(٣٦) ، كالخياطة . وقولهم : إنه غير ممكن . لا يصح ؛ فإن الثياب لا تنفك عن راعب فيها ، ولذلك صححت المضاربة ، ولا تكون إلا بالبيع والشراء ، بخلاف ما فاسدوا عليه ، فإنه متعذر . وإن استأجره على شراء ثياب معينة ، احتمل أن لا يصح ؛ لأن ذلك لا يكون إلا من واحد ، وقد لا يبيع ، فيتعذر تحصيل^(٣٧) العمل بحكم

(٣٢) في ب : « يشتري » .

(٣٣) في الأصل : « فله ألف » .

(٣٤) في ب ، م : « استأجر » .

(٣٥ - ٣٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٣٦) في ب ، م : « بالعمل » .

(٣٧) في الأصل : « حصول » .

الظاهر ، بخلاف البيع . وإن استأجره في البيع لرجل بعينه ، فهو كما لو استأجره لغيره ثياب بعينها . ويحتمل أن يصح ؛ لأنه ممكن في الجملة . فإن حصل من ذلك شيء ، استحق الأجر ، وإلا بطلت الإجارة ، كما لو لم يعين البائع ولا المشتري .

فصل : ويجوز أن يستأجر لخدمته من يخدمه كل شهر ، بشيء معلوم ، وسواء كان الأجير رجلاً أو امرأة ، حرًا أو عبدًا . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وأبو ثور ؛ لأنه تجوز الثابة فيه ، ولا يختص عامله بكونه من أهل القرية . قال أحمد : أجير المشاهرة يشهد الأعياد والجمعة ، ولا يشتري ذلك . قيل له : فيتطوع بالركعتين ؟ قال : ما لم يضرب بصاحبه . إنما أباح له^(٣٨) ذلك ؛ لأن أوقات الصلاة مستثناة من الخدمة ، ولهذا وقعت مستثناة في حق المعتكف بترك معتكفه لها . وقال ابن المبارك : لا بأس أن يصلي الأجير ركعات السنة . وقال / أبو ثور ، وابن المنذر : ليس له منعه منها . وقال أحمد : يجوز للرجل أن يستأجر الأمة والحرّة للخدمة ، ولكن يصرف وجهه عن النظر ، ليست الأمة مثل الحرّة ، ولا يخلو معها في بيت ، ولا ينظر إليها متجردة ، ولا إلى شعرها . إنما قال ذلك ؛ لأن حكم النظر بعد الإجارة كحكمه قبلها ، وفرق بين الأمة والحرّة ؛ لأنهما يختلفان قبل الإجارة ، فكذلك بعدها .

٨٩٨ - مسألة ؛ قال : (وإذا مات المكري والمكثري ، أو أحدهما ، فالإجارة بحالها)

هذا قول مالك ، والشافعي ، وإسحاق ، والبتّي ، وأبي ثور ، وابن المنذر . وقال الثوري ، وأصحاب الرأي ، والليث : تنفسخ الإجارة بموت أحدهما ؛ لأن استيفاء المنفعة يتعذر بالموت ، لأنه استحق بالعقد استيفاءها على ملك المؤجر ، فإذا مات زال ملكه عن العين ، فانتقلت إلى ورثته ، فالمنافع تحدث على ملك الوارث ، فلا يستحق المستأجر استيفاءها ؛ لأنه ما عقد مع الوارث ، وإذا مات المستأجر ،

(٣٨) سقط من : الأصل ، ب .

لم يُمكن إيجاب الأجر في تركته . ولنا ، أنه عقد لازم ، فلا يفسخ بموت العاقد ، مع سلامة المعقود عليه ، كالزواج أمته ثم مات . وما ذكروه لا يصح ؛ فإننا قد ذكرنا أن المستأجر قد ملك المنافع ، وملك عليه الأجرة كاملة في وقت العقد . ثم يلزمهم ما لو زواج أمته ثم مات . ولو صح ما ذكروه ؛ لكان^(١) وجوب الأجر ههنا بسبب من المستأجر ، فوجب^(٢) في تركته بعد موته ، كما لو حفر بئرا ، فوقع فيها شيء بعد موته ، ضمنه من^(٣) ماله ؛ لأن سبب ذلك كان منه في حال الحياة ، كذا ههنا .

فصل : وإن مات المكري ، ولم يكن له وارث يقوم مقامه في استيفاء المنفعة ، أو كان غائبا ، كمن يموت في طريق مكة ، ويخلف جملة الذي اكتره ، وليس له عليه شيء يحمله ، ولا وارث له حاضر يقوم مقامه ، فظاهر كلام أحمد أن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة ؛ لأنه قد جاء أمر غالب ، يمنع المستأجر عن^(٤) منفعة العين ، فأشبهه ما لو غصبت ، ولأن بقاء العقد ضرر في حق المكري والمكري ؛ لأن المكري يجب عليه الكراء من غير نفع ، والمكري يمتنع عليه التصرف في ماله ، مع ظهور امتناع الكراء عليه . وقد نقل^(٥) عن أحمد ، في رجل اكترى بغيرا ، فمات المكري في بعض الطريق ، فإن رجع البعير خاليا ، فعليه بقدر ما وجب له^(٦) ، وإن كان عليه ثقله ووطاؤه ، فله الكراء إلى الموضع . وظاهر/ هذا أنه حكم بفسخ العقد فيما بقي من المدة ، إذا مات المستأجر ، ولم يبق له^(٦) به انتفاع ؛ لأنه تعدد استيفاء المنفعة بأمر من الله تعالى ، فأشبهه ما لو اكترى من يقلع له ضرسه ، فبرا ، أو انقلع

٩٣/٥ ظ

(١) في النسخ : « لكن » .

(٢) في النسخ : « فوجب » .

(٣) في الأصل : « في » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في الأصل : « قيل » .

(٦) سقط من : م .

قَبْلَ قَلْعِهِ ، أَوْ اكْتَرَى كَحَالًا لِيَكْحَلَ عَيْنُهُ ، فَبَرَأَتْ ، أَوْ ذَهَبَتْ . وَيَجِبُ أَنْ يُقَدَّرَ أَنَّهُ
لَمْ يَكُنْ ثُمَّ مِنْ وَرَثَتِهِ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي الْإِنْتِفَاعِ ؛ لِأَنَّ الْوَارِثَ يَقُومُ مَقَامَ الْمَوْرُوثِ .
وَتَأْوِلُهَا الْقَاضِي عَلَى أَنَّ الْمُكْرَى قَبْضَ الْبَعِيرِ ، وَمَنْعَ الْوَرْتَةِ مِنْ (٧) الْإِنْتِفَاعِ ، وَلَوْلَا
ذَلِكَ لَمَا انْتَفَسَخَ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَنْفَسِخُ بِعُذْرِ فِي الْمُسْتَأْجِرِ مَعَ سَلَامَةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ،
كَأَلَوْ حُبْسَ مُسْتَأْجِرِ الدَّارِ ، وَمُنْعَ مِنْ سُكْنَاهَا . وَلَا يَصِحُّ هَذَا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ مَنْعَ الْوَارِثَ
الْإِنْتِفَاعَ ، لَمَا اسْتَحَقَّ شَيْئًا مِنَ الْأَجْرِ . وَيُفَارِقُ هَذَا مَا لَوْ حُبْسَ الْمُسْتَأْجِرَ ؛ لِأَنَّ
الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ انْتِفَاعُهُ ، وَهَذَا لَا يُؤَيِّسُ مِنْهُ بِالْحَبْسِ ، فَإِنَّهُ فِي كُلِّ وَقْتٍ يُمْكِنُ خُرُوجُهُ
مِنَ الْحَبْسِ وَانْتِفَاعُهُ ، وَيُمْكِنُ أَنْ يَسْتَنْيِبَ مَنْ يَسْتَوْفِي الْمَنْفَعَةَ لَهُ (٨) إِمَّا بِأَجْرٍ أَوْ
غَيْرِهِ ، بِخِلَافِ الْمَيِّتِ ، فَإِنَّهُ قَدْ فَاتَ انْتِفَاعُهُ بِنَفْسِهِ وَنَائِبِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا ذَكَرْنَا مِنْ
الصُّورِ (٩) .

فصل : إِذَا أَجَرَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ الْوَقْفَ مُدَّةً ، فَمَاتَ فِي أَثْنَائِهَا ، وَانْتَقَلَ إِلَى مَنْ بَعْدَهُ
فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ ؛ لِأَنَّهُ أَجَرَ مِلْكَهُ فِي زَمَنِ وَلَايَتِهِ ، فَلَمْ يَبْطُلْ
بِمَوْتِهِ ، كَأَلَوْ أَجَرَ مِلْكَهُ الطَّلُقَ (١٠) . وَالثَّانِي ، تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ ،
لَا تَأْتِيْنَا (١١) أَنَّهُ أَجَرَ مِلْكَهُ وَمِلْكَ غَيْرِهِ ، فَصَحَّ فِي مِلْكِهِ دُونَ مِلْكِ غَيْرِهِ ، كَأَلَوْ أَجَرَ
دَارَيْنِ أَحَدَهُمَا لَهُ ، وَالْأُخْرَى لْغَيْرِهِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ بَعْدَ الْمَوْتِ حَقٌّ لْغَيْرِهِ ، فَلَا
يَنْفُذُ عَقْدُهُ عَلَيْهَا مِنْ غَيْرِ مِلْكٍ وَلَا وَلَايَةٍ ، بِخِلَافِ الطَّلُقِ ، فَإِنَّ الْوَارِثَ (١٢) يَمْلِكُهُ (١٣)

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) سقط من : م .

(٩) في لأصل : « الضرر » .

(١٠) في الأصل ، ب : « المطلق » .

(١١) في الأصل : « نبيين » .

(١٢) في م : « المالك » .

(١٣) في الأصل ، م : « يملك » .

من جِهَةِ المَوْرُوثِ ، فلا يَمْلِكُ إِلَّا ما خَلَفَهُ ، وما تَصَرَّفَ فيه في حَيَاتِهِ ، لا يَنْتَقِلُ إلى الوارِثِ ، والمَنَافِعُ التي أَجَرَها قد خَرَجَتْ عن مِلْكِهِ بالإِجَارَةِ ، فلا تَنْتَقِلُ إلى الوارِثِ . والبَطْنُ الثاني في الوَقْفِ يَمْلِكُون من جِهَةِ الواقِفِ ، فما حَدَثَ فيها^(١٤) بعدَ البَطْنِ الأوَّلِ كان مِلْكًا لهم ، فقد صادَفَ تَصَرُّفُ المُؤَجِّرِ في^(١٥) مِلْكِهِم من غيرِ إِذْنِهِم ، ولا وِلَايَةٍ لَهُ عَلَيْهِم ، فلم يَصِحَّ . وَيَتَخَرَّجُ أن تَبْطُلَ الإِجَارَةُ كُلُّهَا ، بِنَاءً على تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وهذا التَّفْصِيلُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . فعَلَى هذا إِنْ كان المُؤَجِّرُ قَبَضَ الأَجَرَ كُلَّهُ ، وقُلْنَا : تَنْفَسِخُ الإِجَارَةُ . فَلِمَنْ انْتَقَلَ إِلَيْهِ الوَقْفُ^(١٦) أَخَذَهُ ، وَيَرْجِعُ المُسْتَأْجِرُ على وَرَثَةِ المُؤَجِّرِ بِحِصَّةِ الباقِي من الأَجْرِ . وإِنْ قُلْنَا : لا تَنْفَسِخُ . رَجَعَ من انْتَقَلَ إِلَيْهِ الوَقْفُ على التَّرَكَةِ بِحِصَّتِهِ .

/فصل: وإن أَجَرَ الوَلِيَّ الصَّبِيَّ ، أو مالَهُ مُدَّةً ، فَبَلَغَ في أَثْنائِهَا ، فقال أَبُو الحَطَّابِ : ليس لَهُ فَسْخُ الإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَزِمٌ ، عَقْدُهُ بِحَقِّ الوِلَايَةِ ، فلم يَبْطُلْ بِالْبُلُوغِ ، كما لو باعَ دارَهُ أو زَوْجَهُ . وَيَحْتَمِلُ أن تَبْطُلَ الإِجَارَةُ فيما بعدَ زَوَالِ الوِلَايَةِ ، على ما ذَكَرْنَا في إِجَارَةِ الوَقْفِ . وَيَحْتَمِلُ أن يُفَرَّقَ بين ما إذا أَجَرَهُ مُدَّةً يَتَحَقَّقُ بُلُوغُهُ في أَثْنائِهَا ، مثلُ إِنْ أَجَرَهُ عامَينِ وهو ابنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ ، فَتَبْطُلُ في السَّادِسِ عَشَرَ ؛ لِأَنَّا نَتَيَقَّنُ أَنَّهُ أَجَرَهُ فيها بعدَ بُلُوغِهِ . وهل تَصِحُّ في الخَامِسِ عَشَرَ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً على تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وبين ما إذا لم يَتَحَقَّقْ بُلُوغُهُ في أَثْنائِهَا ، كالَّذِي أَجَرَهُ في الخَامِسِ عَشَرَ وَحْدَهُ ، فَبَلَغَ في أَثْنائِهِ ، فيكونُ فيه ما قد ذَكَرْنَا في صَدْرِ الفَصْلِ ؛ لِأَنَّا لو قُلْنَا : يُلْزَمُ الصَّبِيُّ^(١٧) بعدَ البُلُوغِ^(١٨) بِعَقْدِ الوَلِيِّ مُدَّةً يَتَحَقَّقُ بُلُوغُهُ فيها ، أَفْضَى إلى أن يَعْقَدَ على جَمِيعِ مَنَافِعِهِ طَوْلَ عُمُرِهِ ، وإلى أن يَتَصَرَّفَ فيه في غيرِ زَمَنِ وِلَايَتِهِ عَلَيْهِ ، ولا يُشْبِهُ النِّكَاحَ ؛ لِأَنَّهُ

و ٩٤/٥

(١٤) في ب : « منها » .

(١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) في الأصل زيادة : « على » .

(١٧ - ١٨) سقط من : ب ، م .

لا يُمكنُ تَقْدِيرُ مُدَّتِهِ ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يُعَقَّدُ لِلْأَبَدِ . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفة : إذا بَلَغَ الصَّبِيُّ ، فله الْخِيَارُ ؛ لَأَنَّهُ عَقَدَ عَلَى مَنَافِعِهِ فِي حَالٍ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي نَفْسِهِ ، فَإِذَا^(١٨) مَلَكَ ، ثَبَتَ لَهُ الْخِيَارُ ، كَالْأَمَةِ إِذَا أُعْتِقَتْ تَحْتَ زَوْجٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقَدَ لَزِمَ ، عَقَدَ عَلَيْهِ قَبْلَ أَنْ يَمْلِكَ التَّصَرُّفَ ، فَإِذَا مَلَكَهُ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ الْخِيَارُ ، كَالْأَبِ إِذَا زَوَّجَ وَلَدَهُ . وَمَا قَاسُوا عَلَيْهِ إِنَّمَا يَثْبُتُ لَهَا الْخِيَارُ إِذَا أُعْتِقَتْ تَحْتَ عَبْدٍ ، لِأَجْلِ الْعَيْبِ ، لِأَمَّا ذَكَرَهُ ، وَلِهَذَا لَوْ أُعْتِقَتْ تَحْتَ حُرٍّ ، لَمْ يَثْبُتْ لَهَا الْخِيَارُ . وَإِنْ مَاتَ الرَّبُّ لِلْمُوجِرِ لِلصَّبِيِّ أَوْ مَالِهِ ، أَوْ عَزَلَ ، وَانْتَقَلَتِ الْوِلَايَةُ إِلَى غَيْرِهِ ، لَمْ يَنْطَلِ عَقْدُهُ ؛ لَأَنَّهُ تَصَرَّفَ ، وَهُوَ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ ، فِي مُحَلٍّ وَلَايَتِهِ ، فَلَمْ يَنْطَلِ تَصَرُّفُهُ بِمَوْتِهِ أَوْ عَزَلِهِ ، كَمَا لَوْ مَاتَ نَاضِرُ الْوَقْفِ أَوْ عَزَلَ ، أَوْ مَاتَ الْحَاكِمُ بَعْدَ تَصَرُّفِهِ فِيمَا لَهُ النَّظَرُ فِيهِ . وَيُفَارِقُ مَا لَوْ أُجْرَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ الْوَقْفَ مُدَّةً ، ثُمَّ مَاتَ فِي أَثْنَائِهَا ؛ لَأَنَّهُ أُجْرَ مَلِكٌ غَيْرُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فِي مُدَّةٍ لَا وَِلَايَةَ لَهُ فِيهَا ، وَهَهُنَا إِنَّمَا يَثْبُتُ لِلرَّبِّ الثَّانِي الْوِلَايَةُ^(١٩) فِي التَّصَرُّفِ^(٢٠) فِيمَا لَمْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ الْأَوَّلُ ، وَهَذَا الْعَقْدُ قَدْ تَصَرَّفَ فِيهِ الْأَوَّلُ ، فَلَمْ يَثْبُتْ لِلثَّانِي وَِلَايَةُ عَلَى مَا تَنَاولَهُ .

فصل : وَإِنْ أُجْرَ عَبْدُهُ مُدَّةً ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ فِي أَثْنَائِهَا ، صَحَّ الْعِتْقُ ، وَلَمْ يَنْطَلِ عَقْدُ الْإِجَارَةِ ، فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ، وَلَا يَرْجِعُ الْعَبْدُ عَلَى مَوْلَاهُ بِشَيْءٍ . وَهَذَا جَدِيدُ قَوْلِي الشافعيُّ . وقال / في القديم : يَرْجِعُ عَلَى مَوْلَاهُ بِأَجْرِ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ تُسْتَوْفَى مِنْهُ بِسَبَبٍ كَانَ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ ، فَرَجَعَ بِهِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أَكْرَهُهُ بَعْدَ عِتْقِهِ عَلَى ذَلِكَ الْعَمَلِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مَنَفَعَةٌ اسْتَحِقَّتْ بِالْعَقْدِ قَبْلَ الْعِتْقِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِبَدْلِهَا . كَمَا لَوْ زَوَّجَ أُمَّتَهُ ، ثُمَّ أَعْتَقَهَا بَعْدَ دُخُولِ الزَّوْجِ بِهَا ، فَإِنَّ مَا يَسْتَوْفِيهِ السَّيِّدُ لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ . وَيُخَالِفُ الْمُكْرَهُ ؛ فَإِنَّهُ تَعَدَّى بِذَلِكَ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لِلْعَبْدِ الْخِيَارُ فِي الْفَسْخِ أَوْ الْإِنْضَاءِ ، كَالصَّبِيِّ إِذَا بَلَغَ ، لِلْمَعْنَى الَّتِي ذَكَرَهُ ثُمَّ^(٢١) . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ لَزِمَ ، عَقْدَهُ عَلَى

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « فَأَمَّا إِذَا » .

(١٩ - ١٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

ما يملكه ، فلا يَنْفَسِخُ بِالْعِتْقِ ، ولا يُزُولُ مِلْكُهُ عَنْهُ ، كما لو زَوَّجَ أُمَّتَهُ ثُمَّ بَاعَهَا . إذا ثَبَتَ هذا ، فَإِنَّ نَفَقَةَ الْعَبْدِ إِنْ كَانَتْ مَشْرُوطَةً عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ ، فَهِيَ عَلَيْهِ كَمَا كَانَتْ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مَشْرُوطَةً عَلَيْهِ^(٢١) ، فَهِيَ عَلَى مُعْتِقِهِ ؛ لِأَنَّهُ^(٢٢) كَالْبَاقِي عَلَى مِلْكِهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَمْلِكُ عَوَضَ نَفْعِهِ ، وَلِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَقْدِرُ عَلَى نَفَقَةِ نَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَشْغُولٌ بِالْإِجَارَةِ ، وَلَا عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ مَنَفَعَتَهُ بِعَوَضٍ غَيْرِ نَفَقَتِهِ ، لَمْ يَبْقَ إِلَّا أَنَّهَا عَلَى الْمَوْلَى .

فصل : إذا أَجَرَ عَيْنًا ، ثُمَّ بَاعَهَا ، صَحَّ الْبَيْعُ ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحَدُ ، سِوَاءَ بَاعَهَا لِلْمُسْتَأْجِرِ أَوْ لغيرِهِ . وبهذا قال الشافعيُّ ، في أَحَدِ قَوْلَيْهِ ، وَقَالَ فِي الْآخَرِ : إِنْ بَاعَهَا لِغَيْرِ الْمُسْتَأْجِرِ ، لَمْ يَصَحَّ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْمُسْتَأْجِرِ حَائِلَةٌ تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ إِلَى الْمُشْتَرِي ، فَمَنْعَتِ الصَّحَّةَ ، كَمَا فِي بَيْعِ الْمَغْضُوبِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْإِجَارَةَ عَقْدٌ عَلَى الْمَنَافِعِ ، فَلَمْ تَمْنَعْ الصَّحَّةَ ، كَمَا لو زَوَّجَ أُمَّتَهُ ، ثُمَّ بَاعَهَا . وَقَوْلُهُمْ : يَدُ الْمُسْتَأْجِرِ حَائِلَةٌ ذُوْنَ التَّسْلِيمِ . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْمُسْتَأْجِرِ إِنَّمَا هِيَ عَلَى الْمَنَافِعِ ، وَالْبَيْعُ عَلَى الرَّقَبَةِ ، فَلَا يَمْنَعُ ثُبُوتُ الْيَدِ عَلَى أَحَدِهِمَا تَسْلِيمَ الْآخَرِ ، كَمَا لو بَاعَ الْأُمَّةَ الْمَرْوُجَةَ ، وَلِئِنْ مَنَعَتِ التَّسْلِيمَ فِي الْحَالِ ، فَلَا تَمْنَعُ فِي الْوَقْتِ الَّذِي يَجِبُ التَّسْلِيمُ فِيهِ ، وَهُوَ عِنْدَ انْقِضَاءِ الْإِجَارَةِ ، وَيَكْفِي الْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ حِينَئِذٍ ، كَالْمُسْلِمِ فِيهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الْبَيْعُ مُوقُوفٌ عَلَى إِجَارَةِ الْمُسْتَأْجِرِ فَإِنْ أَجَارَهُ جَارَ ، وَبَطَلَتِ الْإِجَارَةُ ، وَإِنْ رَدَّهُ بَطَلَ . وَلَنَا ، أَنَّ الْبَيْعَ عَلَى غَيْرِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فِي الْإِجَارَةِ ، فَلَمْ تُعْتَبَرِ إِجَارَتُهُ ، كَبَيْعِ الْأُمَّةِ الْمَرْوُجَةِ . إِذَا ثَبَتَ هذا ، فَإِنَّ الْمُشْتَرِي يَمْلِكُ الْمَبِيعَ مَسْلُوبَ الْمَنَفَعَةِ إِلَى حِينِ انْقِضَاءِ الْإِجَارَةِ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَ الْعَيْنِ إِلَّا حِينَئِذٍ ؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ الْعَيْنِ إِنَّمَا يُرَادُ لَا سَتِيفَاءَ نَفْعِهَا ، وَنَفْعُهَا إِنَّمَا يَسْتَحِقُّهُ إِذَا انْقَضَتِ الْإِجَارَةُ ، فَيَصِيرُ هَذَا بِمَنْزِلَةِ مَنْ اشْتَرَى عَيْنًا فِي مَكَانٍ بَعِيدٍ ، / فَإِنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَهَا إِلَّا بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ يُمَكِّنُ إِحْضَارَهَا فِيهَا . كَالْمُسْلِمِ إِلَى وَقْتٍ لَا يَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَ الْمُسْلِمِ فِيهِ إِلَّا فِي وَقْتِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي

و ٩٥/٥

(٢١) سقط من : ب .

(٢٢) سقط من : الأصل .

بالإجارة ، فله الخيار بين الفسخ وإمضاء البيع بكل الثمن ؛ لأن ذلك عيب ونقص .

فصل : فإن اشتراها المستأجر ، صح البيع أيضا ؛ لأنه يصح بيعها لغيره ، فله أولى ، لأن العين في يده . وهل تبطل الإجارة ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، لا تبطل ؛ لأنه ملك^(٢٣) المنفعة بعقد ، ثم ملك الرقبة المسلوقة بعقد آخر ، فلم يتنافيا ، كما يملك الثمرة بعقد ، ثم يملك الأصل بعقد آخر . ولو أجز الموصى له بالمنفعة مالك الرقبة ، صححت الإجارة ، فدل على أن ملك المنفعة لا ينافي العقد على الرقبة . وكذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها ، جاز . فعلى هذا يكون الأجر باقيا على المشتري ، وعليه الثمن ، ويجتمعان للبائع ، كما لو كان المشتري غيره . والثاني ، تبطل الإجارة فيما بقي من المدة ؛ لأنه عقد على منفعة العين ، فبطل ملك العاقدين للعين ، كالنكاح . فإنه لو تزوج أمة ، ثم اشتراها ، بطل نكاحه ، ولأن ملك الرقبة يمنع ابتداء الإجارة ، فمنع استدامتها ، كالنكاح . فعلى هذا ، يسقط عن المشتري الأجر فيما بقي من مدة الإجارة ، كما لو بطلت الإجارة بتلف العين . وإن كان المؤجر قد قبض الأجر كله ، حسب عليه باقى الأجر من الثمن .

فصل : وإن ورث المستأجر العين المستأجرة ، فالحكم فيه كما لو اشتراها ، فى بطلان الإجارة أو بقائها ، إلا أنه لا فرق فى الحكم بين فسخ الإجارة وبقائها ، فلو استأجر إنسان من أبيه دارا ، ثم مات أبوه ، وخلف ابني ، أحدهما هو المستأجر ، فإن الدار تكون بينهما نصفيين ، والمستأجر أحق بها ؛ لأن النصف الذى لأخيه الإجارة باقية فيه ، والنصف الذى ورثه يستحقه ، إما بحكم الملك ، وإما بحكم الإجارة ، وما عليه من الأجر بينهما نصفيين . وإن كان أبوه قد قبض الأجر ، لم يرجع بشيء منه على أخيه ، ولا تركه أبيه ، ويكون ما خلفه أبوه بينهما نصفيين ؛ لأنه لو رجع بشيء أفضى إلى أن يكون قد ورث النصف بمنفعته^(٢٤) ، وورث أخوه نصفًا مسلوبًا

(٢٣) فى م : « تملك » .

(٢٤) فى الأصل : « بالمنفعة » .

الْمَنْفَعَةِ ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ قَدْ سَوَّى بَيْنَهُمَا فِي الْمِيرَاثِ . وَلِأَنَّهُ لَوْ رَجَعَ بِنَصْفِ أَجْرِ النِّصْفِ
الَّذِي انْتَقَضَتْ الْإِجَارَةُ فِيهِ ، لَوَجِبَ أَنْ يَرْجَعَ أَخُوهُ بِنَصْفِ الْمَنْفَعَةِ الَّتِي انْتَقَضَتْ
الْإِجَارَةُ فِيهَا ، إِذْ لَا يُمْكِنُ أَنْ يُجْمَعَ لَهُ بَيْنَ الْمَنْفَعَةِ / وَأَخِذْ عَوَضَهَا مِنْ غَيْرِهِ .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى الْمُسْتَأْجِرُ الْعَيْنَ ، ثُمَّ وَجَدَهَا مَعِيَّةً ، فَرَدَّهَا ، فَإِنْ قُلْنَا : لَا
تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ بِالْبَيْعِ . فَهِيَ بَاقِيَةٌ بَعْدَ رَدِّ الْعَيْنِ كَمَا كَانَتْ قَبْلَ الْبَيْعِ . وَإِنْ قُلْنَا : قَدْ
انْفَسَخَتْ . فَالْحُكْمُ فِيهَا كَمَا لَوْ انْفَسَخَتْ بِتَلَفِ الْعَيْنِ . وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي أَعْجَبِيًّا ،
فَرَدَّ الْمُسْتَأْجِرُ الْإِجَارَةَ لِعَلِيْبٍ ، فَيَنْبَغِي أَنْ تَعُودَ الْمَنْفَعَةُ إِلَى الْبَائِعِ . لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ عَوَضَهَا
عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ ، فَإِذَا سَقَطَ الْعَوَضُ ، عَادَ إِلَيْهِ الْمُعَوَّضُ . وَلِأَنَّ الْمُشْتَرِي مَلَكَ الْعَيْنَ
مَسْلُوبَةَ الْمَنْفَعَةِ ، مُدَّةَ الْإِجَارَةِ ، فَلَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ ، مَا لَمْ يَمْلِكْهُ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ
الشَّافِعِيِّ : يَرْجِعُ إِلَى ^(٢٥) الْمُشْتَرِي ، لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ تَابِعَةٌ لِلرَّقَبَةِ ، وَإِنَّمَا اسْتَحَقَّتْ بِعَقْدِ
الْإِجَارَةِ ، فَإِذَا زَالَتْ عَادَتْ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى أُمَةً مُزَوَّجَةً ، فَطَلَّقَهَا ^(٢٦) الزَّوْجُ . وَلَا
يَصِحُّ هَذَا الْقِيَاسُ ؛ فَإِنَّ مَنَفَعَةَ الْبُضْعِ قَدْ اسْتَقَرَّ عَوَضُهَا لِلْبَائِعِ بِمُجَرَّدِ دُخُولِ الزَّوْجِ
بِهَا ، وَلَا يَنْقَسِمُ الْعَوَضُ عَلَى الْمُدَّةِ ، وَلِهَذَا لَا يَرْجِعُ الزَّوْجُ بِشَيْءٍ مِنَ الصَّدَاقِ فِيمَا إِذَا
انْفَسَخَ النِّكَاحُ ، أَوْ وَقَعَ الطَّلَاقُ ، بِخِلَافِ الْأَجْرِ فِي الْإِجَارَةِ ؛ فَإِنَّ الْمُؤَجَّرَ يَسْتَحِقُّ
الْأَجْرَ فِي مُقَابَلَةِ الْمَنْفَعَةِ مَقْسُومًا عَلَى مُدَّتِّهَا ، فَإِذَا كَانَ لَهُ عَوَضُ الْمَنْفَعَةِ الْمُسْتَقْبَلَةِ ،
فَرَأَى بِالْفَسْخِ ، رَجَعَ إِلَيْهِ مُعَوَّضُهَا ، وَهُوَ الْمَنْفَعَةُ . وَلِأَنَّ مَنَفَعَةَ الْبُضْعِ لَا يَجُوزُ أَنْ
تُمْلِكَ بِغَيْرِ مِلْكِ الرَّقَبَةِ أَوْ النِّكَاحِ ، فَلَوْ رَجَعَتْ إِلَى الْبَائِعِ ، لَمِلَكْتَ بِغَيْرِهِمَا . وَلِأَنَّهُمَا
مِمَّا لَا يَجُوزُ لِلزَّوْجِ نَقْلُهَا إِلَى غَيْرِهِ ، وَلَا الْمُعَاوَضَةُ عَنْهَا ، وَمَنْفَعَةُ الْبَدَنِ بِخِلَافِهَا .

فصل : وَإِذَا وَقَعَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى عَيْنٍ ، مِثْلُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ عَبْدًا لِلْخِدْمَةِ ، أَوْ لِرِعَايَةِ
الْغَنَمِ ، أَوْ جَمَلًا لِلْحَمْلِ أَوْ لِلرُّكُوبِ ، فَتَلَفَتْ ، انْفَسَخَ الْعَقْدُ بِتَلَفِهَا . وَإِنْ خَرَجَتْ
مُسْتَحَقَّةً ، تَبَيَّنَ أَنَّ الْعَقْدَ بَاطِلٌ . وَإِنْ وَجَدَهَا عَيْبًا فَرَدَّهَا ، انْفَسَخَ الْعَقْدُ ، وَلَمْ يَمْلِكْ

(٢٥) سقط من : الأصل . . .

(٢٦) في الأصل : « ثم طلقها » .

إِبْدَالُهَا ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ عَلَى مُعَيَّنٍ ، فَتَبَيَّنَتْ هَذِهِ الْأَحْكَامُ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَيْنًا . وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى عَيْنٍ مَوْصُوفَةٍ فِي الدِّمَّةِ ، انْعَكَسَتْ هَذِهِ الْأَحْكَامُ ، فَمَتَى سَلَّمَ إِلَيْهِ ^(٢٧) عَيْنًا فَتَلَفَتْ ، لَمْ تَنْفَسَخِ الْإِجَارَةُ ، وَلَزِمَ الْمُوجِرُ إِبْدَالَهَا . وَإِنْ خَرَجَتْ مَعْصُوبَةً ، لَمْ يَنْطُلِ الْعَقْدُ ، وَلَزِمَهُ بَدْلُهَا . وَإِنْ وَجَدَهَا عَيْنًا فَارَدَّهَا ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ غَيْرُ هَذِهِ الْعَيْنِ ، وَهَذِهِ بَدْلُ عَنْهُ ، فَلَمْ يُؤْثَرْ تَلْفُهَا ، وَلَا غَضَبُهَا ، وَلَا رَدُّهَا بِعَيْبٍ ، فِي إِبْطَالِ الْعَقْدِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى بِشَيْءٍ فِي الدِّمَّةِ ، عَلَى مَا قُرِّرَ فِي مَوْضِعِهِ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ قُلْتُمْ فِي ^(٢٨) مِنْ أَكْثَرِ جَمَلًا لِيَرْكَبَهُ ، جَازَ أَنْ يَرْكَبَهُ مَنْ هُوَ مِثْلُهُ . وَلَوْ أَكْثَرَى أَرْضًا لَزُرِعَ شَيْءٌ بِعَيْنِهِ ، جَازَ لَهُ زَرْعُ / مَا هُوَ مِثْلُهُ ^(٢٩) أَوْ دُونَهُ فِي الضَّرَرِ ، فَلَمْ قُلْتُمْ : إِذَا أَكْثَرَى جَمَلًا بِعَيْنِهِ لَا يَجُوزُ أَنْ يُبَدَّلَ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ ^(٣٠) مَنَفْعَةُ الْعَيْنِ ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ غَيْرَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَيْنًا ، ^(٣١) لَا يَجُوزُ ^(٣٢) أَنْ يَأْخُذَ غَيْرَهَا . وَالرَّاكِبُ غَيْرُ مَعْقُودٍ عَلَيْهِ ، إِنَّمَا هُوَ مُسْتَوْفٍ لِلْمَنَفْعَةِ ، وَإِنَّمَا تُشْتَرَطُ مَعْرِفَتُهُ ^(٣٣) لِتَقْدِيرِ بِهِ ^(٣٤) الْمَنَفْعَةِ ^(٣٥) ، لَا لِكَوْنِهِ مَعْقُودًا عَلَيْهِ . وَكَذَلِكَ الزَّرْعُ فِي الْأَرْضِ ، فَإِنَّمَا يُعَيَّنُ لِيُعْرَفَ بِهِ قَدْرُ الْمَنَفْعَةِ الْمُسْتَوْفَاةِ ، فَيَجُوزُ الاسْتِيفَاءُ بِغَيْرِهَا ، كَمَا لَوْ وَكَّلَ الْمُشْتَرِي غَيْرَهُ فِي اسْتِيفَاءِ الْمَبِيعِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ تَلَفَ الْبَعِيرُ أَوْ الْأَرْضُ ، انْفَسَخَتِ الْإِجَارَةُ ، وَلَوْ مَاتَ الرَّاكِبُ ، أَوْ تَلَفَ الْبَذْرُ ، لَمْ تَنْفَسَخِ الْإِجَارَةُ ، وَجَازَ أَنْ يَقُومَ غَيْرُهُ مَقَامَهُ ، فَافْتَرَقَا .

(٢٧) فِي ب : « إِلَيْهَا » .

(٢٨) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣٠) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٣١ - ٣٢) فِي ب : « لَمْ يَجُزْ » .

(٣٢ - ٣٣) فِي م : « لَتَقْدِيرِ » .

٨٩٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ عَقَارًا ، فَلَهُ أَنْ يُسْكِنَهُ غَيْرَهُ إِذَا كَانَ يَقُومُ مَقَامَهُ)

وجملته أن من استأجر عقاراً للسكنى ، فله أن يسكنه ، ويسكن فيه من شاء ممن يقوم مقامه في الضرر ، أو دونه ، ويضع فيه ما جرت عادة الساكنين به ، من الرحل^(١) والطعام ، ويخزن فيها الثياب وغيرها مما لا يضر بها ، ولا يسكنها ما يضر بها ، مثل القصارين والحدادين ؛ لأن ذلك يضر بها . ولا يجعل فيها الدواب ؛ لأنها تروث فيها وتفسدها . ولا يجعل فيها السرجين^(٢) ، ولا رحي ، ولا شيئاً يضر بها . ولا يجوز أن يجعل فيها شيئاً ثقيلًا فوق سقف ؛ لأنه يثقله ويكسر خشبه . ولا يجعل فيها شيئاً يضر بها ، إلا أن يشترط ذلك . وهذا قال الشافعي ، وأصحاب الرأي . ولا نعلم فيه مخالفاً . وإنما كان كذلك ؛ لأن له استيفاء المعقود عليه بنفسه ونائبه ، والذي يسكنه نائب عنه في استيفاء المعقود عليه ، فجاز ، كما لو وكل وكيلًا في قبض المبيع ، أو دين له . ولم يملك فعل ما يضر بها ؛ لأنه فوق المعقود عليه ، فلم يكن له فعله ، كما لو اشترى شيئاً لم يملك أخذ أكثر منه . فأما أن يجعل الدار مخزنًا للطعام ، فقد قال أصحابنا : يجوز ذلك ؛ لأنه يجوز أن يجعلها مخزنًا لغيره . ويحتمل أن لا يجوز ؛ لأن ذلك يقضي إلى تحريق النار أرضها وحيطاتها ، وذلك ضرر لا يرضى به صاحب الدار .

فصل : وإذا اشترى داراً ، جاز إطلاق العقيد ، ولم يحتج إلى ذكر السكنى ، ولا صفتها . وهذا قول الشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال أبو ثور : لا يجوز ، حتى يقول : أبيت تحتها أنا وعيالي ؛ لأن السكنى تختلف ، ولو اشترى ليسكنها ، فتزوج امرأة ، لم يكن له أن يسكنها معه . / ولنا ، أن الدار لا تكثرى إلا للسكنى ،

ظ ٩٦/٥

(١) في م : « الرحال » .

(٢) السرجين : الزبل .

فاسْتُعْنِيَ عَنْ ذِكْرِهِ ، كإِطْلَاقِ الثَّمَنِ فِي بَلَدٍ فِيهِ نَقْدٌ مَعْرُوفٌ ^(٣) به ، وَالتَّفَاوُتُ فِي السُّكْنَى يَسِيرٌ ، فَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى ضَبْطِهِ ^(٤) ، وَمَا ذَكَرَهُ لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ الضَّرَرَ لَا يَكَادُ يَحْتَلِفُ بِكَثْرَةِ مَنْ يَسْكُنُ ^(٥) وَقَلَّتِهِمْ ، وَلَا يُمَكِّنُ ضَبْطُ ذَلِكَ ، فَاجْتَرَى فِيهِ بِالْعُرْفِ ، كَمَا فِي دُخُولِ الْحَمَامِ وَشَبِهِهِ . وَلَوْ اشْتَرَطَ مَا ذَكَرَهُ ، لَوَجَبَ أَنْ يَذْكُرَ عَدَدَ السُّكَّانِ ، وَأَنْ لَا يَبَيِّنَ عِنْدَهُ ضَيْفٌ ، وَلَا زَائِرٌ ، وَلَا غَيْرٌ مِّنْ ذَكَرِهِ ، وَلَكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يَعْلَمَ صِفَةَ السَّاكِنِ ، كَمَا يَعْلَمُ ذَلِكَ فِيمَا إِذَا اكْتَرَى لِلرُّكُوبِ .

فصل : وَإِذَا اكْتَرَى ظَهَرَ الْيَرْكَبُ ، فَلَهُ أَنْ يَرْكَبَهُ مِثْلَهُ ، وَمَنْ هُوَ أَخَفُّ مِنْهُ ، وَلَا يَرْكَبُهُ مَنْ هُوَ أَثْقَلُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ اقْتَضَى اسْتِيفَاءَ مَنَفْعَةٍ مُّقَدَّرَةٍ بِذَلِكَ الرَّائِبِ ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ ذَلِكَ بِنَفْسِهِ وَنَائِبِهِ ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ أَقْلٌ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَوْفِي بَعْضَ مَا يَسْتَحِقُّهُ ، وَلَيْسَ لَهُ اسْتِيفَاءُ أَكْثَرِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ أَكْثَرَ مِمَّا عَقَدَ عَلَيْهِ . وَلَا يُشْتَرَطُ التَّسَاوِي فِي الطُّوْلِ وَالْقَصْرِ ، وَلَا الْمَعْرِفَةَ بِالرُّكُوبِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مِثْلَهُ فِي هَذِهِ الْأَوْصَافِ كُلِّهَا ؛ لِأَنَّ قَلَّةَ الْمَعْرِفَةِ بِالرُّكُوبِ تُثْقِلُ عَلَى الْمَرْكُوبِ ، وَتَضُرُّ بِهِ . قَالَ الشَّاعِرُ :

لَمْ يَرْكَبُوا الْحَيْلَ إِلَّا بَعْدَ مَا كَبُرُوا فَهُمْ ثِقَالٌ عَلَى أَعْجَازِهَا عُنْفٌ ^(٥)
وَلَنَا ، أَنَّ التَّفَاوُتَ فِي هَذِهِ الْأُمُورِ بَعْدَ التَّسَاوِي فِي الثَّقَلِ يَسِيرٌ ، فَعُنِيَ عَنْهُ ، وَلِهَذَا لَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُهُ فِي الْإِجَارَةِ ، وَلَوْ اُعْتَبِرَ ذَلِكَ لَاشْتَرِطْتُ مَعْرِفَتَهُ فِي الْإِجَارَةِ ، كَالثَّقَلِ وَالْخِفَّةِ .

فصل : فَإِنْ شَرَطَ أَنْ لَا يَسْتَوْفِيَ الْمَنَفْعَةَ بِمِثْلِهِ ، وَلَا بِمَنْ ^(٦) هُوَ دُونَهُ ، فَقِيَاسُ

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « سَكَنَ » .

(٥) فِي م : « فَهُمْ ثَقِيلٌ » . وَالْبَيْتُ فِي اللِّسَانِ ، وَالتَّاجِ (ع ن ف) .

(٦) فِي ب ، م : « مَنْ » .

قول أصحابنا صحة العقد ، وبطلان الشرط ، (٧) فإن القاضي (٧) قال في من شرط أن يزرع في الأرض حنطة ، ولا يزرع غيرها : يبطل الشرط ، ويصح العقد . ويحتمل أن يصح الشرط . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ؛ لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر ، فلا يملك ما لم يرض به ، ولأنه قد يكون له عرض في تخصيصه باستيفاء هذه المنفعة . وقالوا في الوجه الآخر : يبطل الشرط ؛ لأنه ينافي موجب العقد ، إذ موجب ملك المنفعة ، والتسلط على استيفائها بنفسه وبنايته ، واستيفاء بعضها بنفسه ، وبعضها بنايته ، والشرط ينافي ذلك ، فكان باطلا . وهل يبطل به العقد ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يبطله ؛ لأنه لا يؤثر في حق المؤجر نفعاً ولا ضرراً ، فالغى ، وبقي العقد على مقتضاه . والآخر يبطله ؛ لأنه ينافي مقتضاه ، فأشبه ما لو شرط أن لا يستوفى المنافع .

٩٧/٥ و

فصل : ويجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها . نص عليه أحمد . وهو قول سعيد بن المسيب ، وابن سيرين ، ومجاهد ، وعكرمة ، وأبي سلمة (٨) بن عبد الرحمن ، والنخعي ، والشعبي ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وذكر القاضي فيه رواية أخرى ، أنه لا يجوز ؛ لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن (٩) . والمنافع لم تدخل في ضمانه . (١٠) ولأنه عقد على ما لم يدخل في ضمانه (١١) ، فلم يجز ، كبيع المكيل والموزون قبل قبضه . والأول أصح ؛ لأن قبض العين قام مقام قبض المنافع ، بدليل أنه يجوز التصرف فيها ، فجاز العقد عليها ، كبيع الثمرة على الشجرة . ويبطل قياس الرواية الأخرى بهذا (١٢) الأصل . إذا ثبت

(٧ - ٧) في الأصل ، م : « فإنه » .

(٨) في م : « وأبي سليمان » . خطأ .

(٩) تقدم تخرجه في : ٣٣٤/٦ .

(١٠ - ١٠) سقط من : الأصل .

(١١) في ب ، م : « لهذا » .

هذا^(١٢) فإنه لا تجوز إيجارته إلا لمن^(١٣) يقوم مقامه ، أو دونه في الضرر ؛ لما تقدم .
فأما إيجارها^(١٤) قبل قبضها ، فلا تجوز من غير المؤجر ، في أحد الوجهين . وهذا
قول أبي حنيفة ، والمشهور من قول الشافعي ؛ لأن المنافع مملوكة بعقد معاوضة ،
فاعتبر في جواز العقد عليها القبض ، كالأعيان . والآخر ، يجوز ، وهو قول بعض
الشافعية ؛ لأن قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه ، فلم يقف جواز التصرف عليه .
فأما إيجارها قبل القبض من المؤجر ، فإذا قلنا : لا يجوز من غير المؤجر . كان فيها
ههنا وجهان ؛ أحدهما ، لا يجوز ؛ لأنه عقد عليها قبل قبضها . والثاني ، يجوز ؛ لأن
القبض لا يعتد عليه ، بخلاف الأجنبي . وأصلهما بيع الطعام قبل قبضه لا يصح من
غير بائعه ، رواية واحدة ، وهل يصح من بائعه ؟ على روايتين . فأما إيجارها بعد قبضها
من المؤجر ، فجازة . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يجوز ؛ لأن ذلك
يؤدي إلى تناقض الأحكام ، لأن التسليم مستحق على^(١٥) الكراء ، فإذا^(١٦) أكثرها
صار مستحقا له ، فيصير مستحقا لما يستحق عليه ، وهذا تناقض . ولنا ، أن كل عقد
جاز مع غير العاقد ، جاز مع العاقد ، كالبيع ، وما ذكرناه لا يصح ؛ لأن التسليم قد
حصل ، وهذا المستحق له تسليم آخر . ثم يطل بالبيع ، فإنه يستحق عليه تسليم
العين ، فإذا اشتراها استحق تسليمها . فإن قيل : التسليم ههنا مستحق في جميع
المدة ، بخلاف البيع . قلنا : المستحق تسليم العين ، وقد حصل ، وليس عليه^(١٧)
تسليم آخر ، غير أن العين من ضمان المؤجر ، فإذا تعدت المنافع بتلف الدار أو
غصبها^(١٨) ، رجع عليه ؛ لأنها تعدت بسبب كان في ضمانه .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في ب : « أن » .

(١٤) في الأصل : « إيجارته بها » .

(١٥ - ١٥) في الأصل : « المكترى فأما إذا » .

(١٦) في ب : « له » .

(١٧) في ب ، م : « وغصبها » .

فصل : ويجوز للمستأجر إجارة العين ، بمثل الأجر وزيادة . نص عليه أحمد .
وروى ذلك عن عطاء ، والحسن ، والثوري . وبه قال الشافعي ، وأبو ثور ، وابن
المنذر . وعن أحمد ، أنه إن أخذت / في العين زيادة ، جاز له أن يكرها بزيادة ، وإلا
لم تجز الزيادة ، فإن فعل ، تصدق بالزيادة . روى هذا الشعبي . وبه قال الثوري ،
وأبو حنيفة ؛ لأنه يربح بذلك فيما لم يضمن ، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم
يضمن^(١٨) ، ولأنه يربح فيما لم يضمن ، فلم يجز ، كالمو ربح في الطعام قبل قبضه .
ويخالف ما إذا عمل عملاً فيها ؛ لأن الربح في مقابلة العمل . وعن أحمد ، رواية ثالثة ،
إن أذن له المالك في الزيادة ، جاز ، وإلا لم يجز . وكرة ابن المسيب ، وأبو سلمة ، وابن
سيرين ، ومجاهد ، وعكرمة ، والشعبي ، والنخعي ، الزيادة مطلقاً ؛ لدخولها في
ربح ما لم يضمن . ولنا ، أنه عقد يجوز برأس المال ، فجاز زيادة ، كبيع المبيع بعد
قبضه ، وكما لو أخذت عمارة لا يقابلها جزء من الأجر ، وأما الخبر ، فإن المنافع قد
دخلت في ضمانه من وجه ، فإنها لو فاتت من غير استيفائه ، كانت من ضمانه . ولا
يصح القياس على بيع الطعام قبل قبضه ؛ فإن البيع ممنوع منه بالكلية ، سواء ربح
أو لم يربح ، وههنا جائز في الجملة ، وتعليلهم بأن الربح في مقابلة عمله ، ملغى بما
إذا كنس الدار ونظفها ، فإن ذلك يزيد في أجرها في العادة .

فصل : ونقل الأثر ، عن أحمد ، أنه سأل عن الرجل يتقبل العمل من الأعمال ،
فيقبله بأقل من ذلك ، أيجوز له الفضل ؟ قال : ما أدرى ، هي مسألة فيها بعض الشيء .
قلت : أليس كان الحياط أسهل عندك ، إذا قطع الثوب ، أو غيره إذا عمل في العمل
شيئاً ؟ قال : إذا عمل عملاً فهو أسهل . قال النخعي : لا بأس أن يتقبل الحياط الثياب
بأجر معلوم ، ثم يقبلها بعد ذلك بعد أن يعين فيها ، أو يقطع ، أو يعطيه سلوكاً أو إبراً ،
أو يخطط^(١٩) فيها شيئاً ، فإن لم يعن^(٢٠) فيها بشيء ، فلا يأخذ فضلاً . وهذا يحتمل

(١٨) تقدم تخريجه في : ٣٣٤/٦ .

(١٩ - ١٩) سقط من : م .

أن يكون النَّحْيُ قَالَهُ مَبْنِيًّا عَلَى مَذْهَبِهِ ، فِي أَنَّ مَنْ اسْتَأْجَرَ شَيْئًا لَا يُؤْجَرُهُ بِزِيَادَةٍ . وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ جَوَازُ ذَلِكَ ، سَوَاءُ أَعَانَ فِيهَا بِشَيْءٍ أَوْ لَمْ يُعِنْ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَازَ أَنْ يُقْبَلَهُ بِمِثْلِ الْأَجْرِ الْأَوَّلِ أَوْ دُونِهِ ، جَازَ بِزِيَادَةٍ عَلَيْهِ ، كَالْبَيْعِ ، وَكَالْجَارَةِ الْعَيْنِ .

فصل : وَكُلُّ عَيْنٍ اسْتَأْجَرَهَا لِمَنْفَعَةٍ ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ مِثْلَ تِلْكَ الْمَنْفَعَةِ وَمَا دُونَهَا فِي الضَّرَرِ . وَقَالَ أَحْمَدُ : إِذَا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً ، لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا ثَمَرًا . فَحَمَلَ عَلَيْهَا حِنْطَةً ، أَرَجُو أَنْ لَا يَكُونَ بِهِ بَأْسٌ ، إِذَا كَانَ الْوِزْنُ وَاحِدًا . فَإِنْ كَانَتِ الْمَنْفَعَةُ الَّتِي يَسْتَوْفِيهَا أَكْثَرَ ضَرَرًا ، أَوْ مُخَالَفَةً لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهَا فِي الضَّرَرِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَوْفِي أَكْثَرَ مِنْ حَقِّهِ ، أَوْ غَيْرَ مَا يَسْتَحِقُّهُ ، فَإِذَا أَكْثَرَى دَابَّةً ، لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا حَدِيدًا ، لَمْ يَحْمِلْ عَلَيْهَا ^(٢٠) قُطْنًا ، لِأَنَّهُ يَتَجَافَى ، وَتَهَبُّ فِيهِ الرِّيحُ ، فَيَتَغَيَّبُ الظَّهْرُ . وَإِنْ أَكْثَرَا لِحِمْلٍ الْقُطْنِ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَحْمِلَ الْحَدِيدَ ؛ لِأَنَّهُ / يَجْتَمِعُ فِي ^(٢١) مَوْضِعٍ وَاحِدٍ ، فَيَثْقُلَ عَلَيْهِ ، وَالْقُطْنُ يَتَفَرَّقُ ، فَيَقِلُّ ضَرَرُهُ . وَإِنْ أَكْثَرَاهُ لِيَرْكَبَهُ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الرَّاكِبَ يُعِينُ الظَّهْرَ بِحَرَكَتِهِ . وَإِنْ أَكْثَرَاهُ لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَرْكَبَهُ ؛ لِأَنَّ الرَّاكِبَ يَقْعُدُ فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ ، فَيَسْتَدُّ عَلَى الظَّهْرِ ، وَالْمَتَاعُ يَتَفَرَّقُ عَلَى جَنْبَيْهِ . وَإِنْ أَكْثَرَاهُ لِيَرْكَبَهُ عَرِيًّا ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَرْكَبَهُ بِسَرَجٍ ؛ لِأَنَّهُ يَحْمِلُ عَلَيْهِ أَكْثَرَ مِمَّا عَقَدَ عَلَيْهِ . وَإِنْ أَكْثَرَاهُ لِيَرْكَبَهُ بِسَرَجٍ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَرْكَبَهُ عَرِيًّا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا رَكِبَ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ سَرَجٍ حَمَى ظَهْرَهُ ، فَرُبَّمَا عَقَرَهُ . وَإِنْ أَكْثَرَاهُ لِيَرْكَبَهُ بِسَرَجٍ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَرْكَبَهُ بِأَثْقَلٍ ^(٢٢) مِنْهُ . فَلَوْ أَكْثَرَى حِمَارًا بِسَرَجٍ ^(٢٣) لَمْ يَجُزْ أَنْ يَرْكَبَهُ بِسَرَجِ الْبَرَدَوْنِ ، إِذَا كَانَ أَثْقَلَ مِنْ سَرَجِهِ . وَإِنْ أَكْثَرَى دَابَّةً بِسَرَجٍ ، فَارْكَبَهَا بِأَكْفِ أَثْقَلٍ مِنْهُ ، أَوْ أَضَرَّ ، لَمْ يَجُزْ ، وَإِنْ كَانَ أَخَفَّ ، وَأَقْلَّ ضَرَرًا ، فَلَا بَأْسَ . وَمَتَى فَعَلَ مَا لَيْسَ لَهُ فِعْلُهُ ، كَانَ ضَامِنًا ، وَعَلَيْهِ الْأَجْرُ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبَى ثَوْرٍ .

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١) في ب : « على » .

(٢٢) في م : « بأكثر » .

(٢٣) سقط من : ب ، م .

فصل : وإن اِكْتَرَى ذَاتَهُ لِيَرْكَبَهَا فِي مَسَافَةٍ مَعْلُومَةٍ ، أَوْ يَحْمِلَ عَلَيْهَا فِيهَا ، فَأَرَادَ الْعُدُولَ بِهَا إِلَى نَاحِيَةٍ أُخْرَى مِثْلَهَا فِي الْقَدْرِ أَضَرَّ مِنْهَا ، أَوْ تُخَالِفُ ضَرَرَهَا ، بَأَن تَكُونَ إِحْدَاهُمَا أَحْسَنَ وَالْأُخْرَى أَخْوَفَ ، لَمْ يَجُزْ . وَإِنْ كَانَ مِثْلَهَا فِي السُّهُولَةِ وَالْحُزُونَةِ وَالْأَمْنِ ، أَوِ التِّي يَعْدِلُ إِلَيْهَا أَقْلُ ضَرَرًا ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ يَجُوزُ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَسَافَةَ غَيَّبَتْ لَيْسَتْ تَوْفَى بِهَا الْمَنْفَعَةُ ، وَيَعْلَمُ قَدْرَهَا بِهَا ، فَلَمْ تَتَّعَيْنَ ، كَتَوَعَّ الْمَحْمُولُ وَالرَّاكِبُ . وَيَقْوَى عِنْدِي ، أَنَّهُ مَتَى كَانَ لِلْمُكْرِي غَرَضٌ فِي تِلْكَ الْجِهَةِ الْمُعَيَّنَةِ ، لَمْ يَجُزْ الْعُدُولُ إِلَى غَيْرِهَا ، مِثْلُ (٢٤) مَنْ يُكْرَى جِمَالُهُ إِلَى مَكَّةَ فَيُحْجَّ (٢٥) مَعَهَا ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَذْهَبَ بِهَا إِلَى غَيْرِهَا . وَلَوْ أَكْرَاهَا إِلَى بَغْدَادَ ، لِكَوْنِ أَهْلِهَا ، أَوْ بِلَدِ الْعِرَاقِ ، لَمْ يَجُزْ الذَّهَابُ بِهَا إِلَى مِصْرَ . وَلَوْ أَكْرَى جِمَالَهُ جُمْلَةً إِلَى بَلَدٍ ، لَمْ يَجُزْ لِلْمُسْتَأْجِرِ التَّفْرِيقَ بَيْنَهَا ، بِالسَّفَرِ بَعْضُهَا إِلَى جِهَةٍ ، وَبِاقِيهَا إِلَى جِهَةٍ أُخْرَى ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ عَيَّنَ الْمَسَافَةَ لِغَرَضٍ فِي قُوَاتِهِ ضَرَرٌ ، فَلَمْ يَجُزْ تَقْوِيَتُهُ ، كَمَا فِي حَقِّ الْمُكْرَى (٢٥) ، فَإِنَّهُ لَوْ أَرَادَ حَمْلَهُ إِلَى غَيْرِ الْمَكَانِ الَّذِي اِكْتَرَى إِلَيْهِ ، لَمْ يَجُزْ ، وَكَأَلَوْ عَيَّنَ طَرِيقًا سَهْلًا أَوْ أَمِنًا ، فَأَرَادَ سُلُوكَ مَا يُخَالِفُهُ فِي ذَلِكَ .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يَكْتَرِيَ قَمِيصًا لِيَلْبَسَهُ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ الْاِئْتِمَاعَ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ، وَيَجُوزُ بَيْعُهُ ، فَجَازَتْ إِجَارَتُهُ ، كَالْعَقَارِ . وَلَا بُدَّ مِنْ تَقْدِيرِ الْمَنْفَعَةِ بِالْمُدَّةِ . وَإِنْ كَانَتْ عَادَةُ أَهْلِ بَلَدِهِ نَزْعَ (٢٦) ثِيَابِهِمْ عِنْدَ النَّوْمِ فِي اللَّيْلِ ، فَعَلِيهِ نَزْعُهُ فِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْإِطْلَاقَ يُحْمَلُ عَلَى الْمُعْتَادِ / ، وَلَهُ لِبْسُهُ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ . وَإِنْ نَامَ نَهَارًا ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ نَزْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ الْعُرْفُ . وَيَلْبَسُ الْقَمِيصَ عَلَى مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَرَبَّهَ ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَمِدُ عَلَيْهِ فَيَشَقُّهُ (٢٧) ، وَفِي اللَّبْسِ لَا يَعْتَمِدُ . وَيَجُوزُ أَنْ يَتَرَدَّى بِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَخْفَ . وَمَنْ مَلَكَ

ظ ٩٨/٥

(٢٤ - ٢٥) فِي الْأَصْلِ : « أَنْ تَكُونَ جِمَالُهُ إِلَى مَكَّةَ لِيَحْجَّ » .

(٢٥) فِي ب ، م : « الْمُكْرَى » .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةُ : « فِي » .

(٢٧) فِي الْأَصْلِ : « فَيَشَقُّهُ » .

شَيْئًا ، مَلَكٌ مَا هُوَ أَخَفُّ مِنْهُ . وَقِيلَ فِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتِعْمَالٌ لَمْ تَجْرِ
الْعَادَةُ بِهِ فِي الْقَمِيصِ^(٢٨) ، أَشْبَهَ الْاِتِّزَارَ بِهِ .

فصل : وَإِنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا ، صَحَّ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ ، وَلَا يَصِحُّ حَتَّى يَرَى الْأَرْضَ ؛ لِأَنَّ
الْمَنْفَعَةَ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهَا ، وَلَا تُعْرَفُ إِلَّا بِالرُّؤْيَى ؛ لِأَنَّهَا لَا تَنْضَبِطُ بِالصَّفَةِ ، وَلَا يَصِحُّ
حَتَّى يَذْكُرَ^(٢٩) مَا يَكْتَرِي لَهُ مِنْ زَرْعٍ أَوْ غَرْسٍ أَوْ بِنَاءٍ ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ تَصْلُحُ لِهَذَا كُلِّهِ ،
وَتَأْثِيرُهُ فِي الْأَرْضِ يَخْتَلِفُ ، فَوَجَبَ بَيَانُهُ . فَإِنْ قَالَ : أَجَرْتُكَهَا لِتَزْرَعَها أَوْ تَغْرِسَهَا .
لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُعَيَّنْ أَحَدُهُمَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : بِعْتُكَ أَحَدَ هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ ، وَإِنْ
قَالَ : لِتَزْرَعَها مَا شِئْتَ ، وَتَغْرِسَهَا^(٣٠) مَا شِئْتَ . صَحَّ . وَهَذَا مَنْصُوصٌ الشَّافِعِيِّ .
وَحَالَفَهُ أَكْثَرُ أَصْحَابِهِ ، فَقَالُوا : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي كَمْ يَزْرَعُ وَيَغْرِسُ . وَقَالَ
بَعْضُهُمْ : يَصِحُّ ، وَيَزْرَعُ نِصْفَهَا ، وَيَغْرِسُ نِصْفَهَا . وَلَنَا ، أَنَّ الْعَقْدَ اقْتَضَى إِبَاحَةَ هَذَيْنِ
الشَّيْئَيْنِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : لِتَزْرَعَها مَا شِئْتَ . وَلِأَنَّ اخْتِلَافَ الْجِنْسَيْنِ كَاخْتِلَافِ
النَّوْعَيْنِ ، وَقَوْلُهُ : لِتَزْرَعَها مَا شِئْتَ . إِذْنٌ فِي نَوْعَيْنِ وَأَنْوَاعٍ ، وَقَدْ صَحَّ ، فَكَذَلِكَ
فِي الْجِنْسَيْنِ ، وَلَهُ أَنْ يَغْرِسَهَا كُلَّهَا ، وَإِنْ أَحَبَّ زَرَعَها كُلَّهَا ، كَمَا لَوْ إِذْنٌ لَهُ فِي أَنْوَاعِ
الزَّرْعِ كُلِّهِ ، كَانَ لَهُ زَرْعُ جَمِيعِهَا نَوْعًا وَاحِدًا ، وَلَهُ زَرْعُهَا مِنْ نَوْعَيْنِ ، كَذَلِكَ
هَهُنَا . وَإِنْ أَكْرَاهَا لِلزَّرْعِ وَحْدِهِ ، فَفِيهِ أَرْبَعُ مَسَائِلَ :

إِحْدَاهُنَّ ، أَكْرَاهَا لِلزَّرْعِ مُطْلَقًا ، أَوْ قَالَ : لِتَزْرَعَها مَا شِئْتَ . فَإِنَّهُ يَصِحُّ ، وَلَهُ
زَرْعُ مَا شَاءَ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَحُكِيَ عَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ حَتَّى يَتَبَيَّنَ
الزَّرْعُ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَهُ يَخْتَلِفُ ، فَلَمْ يَصِحَّ بِدُونِ الْبَيَانِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَذْكُرْ مَا يَكْتَرِي لَهُ مِنْ
زَرْعٍ أَوْ غَرْسٍ أَوْ بِنَاءٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِجَارُهَا لِأَكْثَرِ الزَّرْعِ ضَرَرًا ، وَيُبَاحُ لَهُ جَمِيعُ

(٢٨) فِي الْأَصْلِ : « الْقَمِيص » .

(٢٩) فِي مِيزَانِهِ : « لَهُ » .

(٣٠) فِي مِ : « أَوْ تَغْرِسَهَا » .

الأنواع ؛ لأنها دونه ، فإذا عَمَّ أو أَطْلَقَ ، تَنَوَّلَ الْأَكْثَرُ ، وكان له مادونه ، ويُخَالِفُ الأجناسَ الْمُخْتَلَفَةَ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَدْخُلُ بَعْضُهَا فِي بَعْضٍ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ أَكْثَرَى ذَابَةً لِلْمَرْكُوبِ ، لَوَجَبَ تَعْيِينُ الرَّائِبِ . قُلْنَا : لِأَنَّ إِجَارَةَ الْمَرْكُوبِ لِأَكْثَرِ الرُّكَّابِ ضَرَرًا لَا تَجُوزُ ، بِخِلَافِ الْمَزْرُوعِ ، وَلِأَنَّ لِلْحَيَوَانِ حُرْمَةً فِي نَفْسِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ إِطْلَاقُ ذَلِكَ فِيهِ ، بِخِلَافِ الْأَرْضِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ اسْتَأْجَرَ دَارًا لِلسُّكْنَى مُطْلَقًا ، لَمْ يَجُزْ / أَنْ يُسْكِنَهَا مَنْ يَضُرُّهَا ، كَالْقَصَّارِ وَالْحَدَّادِ ، فَلَمْ قُلْتُمْ إِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَزْرَعَهَا مَا يَضُرُّهَا ؟ قُلْنَا : السُّكْنَى لَا تَقْتَضِي ضَرَرًا ، فَلِلذَلِكَ مَنَعَ مِنْ إِسْكَانِ مَنْ يَضُرُّهَا ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَمْ يَقْتَضِهِ ، وَالزَّرْعُ يَقْتَضِي الضَّرَرَ ، فَإِذَا أُطْلِقَ كَانَ رَاضِيًا بِأَكْثَرِهِ ، فَلِهَذَا جَازَ . وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَغْرِسَ فِي هَذِهِ الْأَرْضِ ، وَلَا يَبْنِيَ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَهُ أَكْثَرُ مِنَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ .

و ٩٩/٥

المسألة الثانية ، أَكْرَاهَا^(٣١) لِيَزْرَعَ حِنْطَةً ، أَوْ نَوْعَ بَعْيْنِهِ ، فَإِنَّ لَهُ زَرْعَ مَا عَيْنُهُ^(٣٢) وما ضَرَرَهُ كَضَرَرِهِ أَوْ دُونَهُ . وَلَا يَتَّعَيْنُ مَا عَيْنُهُ فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا دَاوُدَ وَأَهْلَ الظَّاهِرِ ، فَإِنَّهُمْ قَالُوا : لَا يَجُوزُ لَهُ زَرْعُ غَيْرِ مَا عَيْنُهُ ، حَتَّى لَوْ وَصَفَ الْحِنْطَةَ بِأَنْهَا سَمَرَاءُ ، لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَزْرَعَ بَيْضَاءَ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُهُ بِالْعَقْدِ ، فَلَمْ يَجُزِ الْعُدُولُ عَنْهُ ، كَمَا لَوْ عَيْنَ الْمَرْكُوبِ ، أَوْ عَيْنَ الدَّرَاهِمِ فِي الثَّمَنِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ مَنْفَعَةُ الْأَرْضِ دُونَ الْقَمْحِ ، وَلِهَذَا اسْتَقَرَّ^(٣٣) عَلَيْهِ الْعِوَضُ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ ، إِذَا تَسَلَّمَ الْأَرْضَ . وَإِنْ لَمْ يَزْرَعْهَا ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ الْقَمْحَ لِتَقْدِيرِهِ الْمَنْفَعَةَ ، فَلَمْ يَتَّعَيْنِ ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ دَارًا لِلسُّكْنَى ، كَانَ لَهُ أَنْ يُسْكِنَهَا غَيْرَهُ . وَفَارَقَ الْمَرْكُوبَ ، وَالدَّرَاهِمَ فِي الثَّمَنِ ، فَإِنَّهُمَا مَعْقُودٌ عَلَيْهِمَا ، فَتَعَيَّنَا ، وَالْمَعْقُودُ عَلَيْهِ هُنَا مَنْفَعَةُ مُقَدَّرَةٌ ، وَقَدْ تَعَيَّنَتْ أَيْضًا ، وَلَمْ يَتَّعَيْنِ مَا قُدِّرَتْ بِهِ ، كَمَا لَا يَتَّعَيْنُ الْإِكْيَالُ وَالْمِيزَانُ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ .

المسألة الثالثة ، قَالَ : لِيَزْرَعْهَا حِنْطَةً ، وَمَا ضَرَرَهُ كَضَرَرِهَا ، أَوْ دُونَهُ . فَهَذِهِ

(٣١) فِي ب : « أَكْرَاهَا » .

(٣٢) فِي ب ، م : « يَعِينُهُ » .

(٣٣) فِي م : « يَسْتَقَرُّ » .

كالتى قَبَلَهَا ، إِلَّا أَنَّهُ لَا مُخَالَفَ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ مَا اقْتَضَاهُ الْإِطْلَاقُ ، وَبَيَّنَ ذَلِكَ تَصْرِيحُ نَصِّهِ ، فَرَأَى الْإِشْكَالَ .

المسألة الرابعة ، قال : لِيُزَرَّعَهَا حِنْطَةً ، وَلَا يُزَرَّعُ غَيْرَهَا . فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ الشَّرْطَ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، لِأَنَّهُ يَقْتَضِي اسْتِيفَاءَ الْمَنْفَعَةِ كَيْفَ شَاءَ ، فَلَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ عَلَيْهِ اسْتِيفَاءَ الْمَبِيعِ بِنَفْسِهِ ، وَالْعَقْدُ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِيهِ ، وَلَا غَرَضٌ^(٣٤) لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ ، لِأَنَّهُ مَا ضَرَّرَهُ مِثْلُهُ ، لَا يَخْتَلِفُ فِي غَرَضٍ^(٣٥) الْمُؤَجَّرِ ، فَلَمْ يُؤَثِّرْ فِي الْعَقْدِ ، فَأَشْبَهَ شَرْطَ اسْتِيفَاءِ الْمَبِيعِ أَوْ الثَّمَنِ بِنَفْسِهِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا فِيمَا إِذَا شَرَطَ مُكْتَرَى الدَّارِ أَنَّهُ لَا يُسْكِنُهَا غَيْرَهُ ، وَجْهًا فِي صِحَّةِ الشَّرْطِ ، وَوَجْهًا آخَرَ فِي فَسَادِ الْعَقْدِ ، فُيَخْرَجُ هَهُنَا مِثْلُهُ .

فصل : وَإِنْ أَكْرَاهَا لِلْغَرَسِ ؛ فَقِيهِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْمَسَائِلِ ، إِلَّا أَنَّ لَهُ أَنْ يُزَرَّعَهَا ؛ لِأَنَّ ضَرَرَ الزَّرْعِ أَقْلٌ مِنْ ضَرَرِ الْغَرَسِ ، وَهُوَ مِنْ جِنْسِهِ ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَضُرُّ بِيَاطِنِ الْأَرْضِ . / وَلَيْسَ لَهُ الْبِنَاءُ ؛ لِأَنَّ ضَرْرَهُ مُخَالَفٌ لِضَرَرِهِ ، فَإِنَّهُ يَضُرُّ بِظَاهِرِ الْأَرْضِ . وَإِنْ أَكْرَاهَا لِلزَّرْعِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الْغَرَسُ وَلَا الْبِنَاءُ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَ الْغَرَسِ أَكْثَرُ ، وَضَرَرُ الْبِنَاءِ مُخَالَفٌ لِضَرَرِهِ . وَإِنْ أَكْرَاهَا^(٣٦) لِلْبِنَاءِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الْغَرَسُ وَلَا الزَّرْعُ ؛ لِأَنَّ ضَرْرَهُمَا يُخَالَفُ ضَرْرَهُ .

فصل : وَلَا تَحُلُوا الْأَرْضَ مِنْ قِسْمَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ لَهُ مَاءٌ دَائِمٌ ، إِمَّا مِنْ نَهْرٍ لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِانْقِطَاعِهِ ، أَوْ لَا يَنْقَطِعُ إِلَّا مُدَّةً لَا يُؤَثِّرُ فِي الزَّرْعِ ، أَوْ مِنْ عَيْنٍ نَابِعَةٍ ، أَوْ بِرَكَّةٍ مِنْ مِيَاهِ الْأَمْطَارِ يَجْتَمِعُ فِيهَا ثُمَّ يَسْقَى بِهِ ، أَوْ مِنْ بئرٍ يَقُومُ بِكَفَائَتِهَا ، أَوْ مَا يَشْرَبُ بِعُرْوَةِ لَدَاوَةِ الْأَرْضِ ، وَقُرْبِ الْمَاءِ الَّذِي تَحْتَ الْأَرْضِ ، فَهَذَا كُلُّهُ دَائِمٌ . وَيَصِحُّ

(٣٤) فِي الْأَصْلِ : « عَوْضٌ » .

(٣٥) فِي م : « غَيْرٌ » .

(٣٦) فِي الْأَصْلِ : « أَكْرَاهَا » .

استَجارُها للغرس والزَّرْع . بغيرِ خِلافٍ عَلِمناه . وكذلك الأرضُ التي تَشْرَبُ من مِياهِ الأمطارِ ، وَيُكْفَى^(٣٧) بالمُعْتَادِ منه ؛ لأنَّ ذلكَ بِحُكْمِ العادةِ ، ولا يَنْقَطِعُ إِلَّا نادرًا ، فهو كسائرِ الصُّورِ المذكورةِ . والثاني ، أن لا يكونَ لها ماءٌ دائمٌ ، وهي نَوْعانٌ ؛ أحدهما ، ما يَشْرَبُ من زِيَادَةِ مُعْتَادَةٍ تأتي في وقتِ الحاجةِ ، كأرضِ مِصرَ الشَّارِبَةِ من زِيَادَةِ الثَّيْلِ ، وما يَشْرَبُ من زِيَادَةِ الفُراتِ وأشباهِهِ ، وأرضِ البَصْرَةِ الشَّارِبَةِ من المَدِّ والجَزْرِ ، وأرضِ دِمَشْقَ الشَّارِبَةِ من زِيَادَةِ بَرَدَى . أو ما يَشْرَبُ من الأودِيَةِ الجاريةِ من ماءِ المَطَرِ ، فهذه تَصِحُّ إِجَارَتُها قَبْلَ وُجُودِ الماءِ الذي تُسْقَى به وبعده . وحكى ابنُ الصَّبَّاحِ ذلكَ مَذْهَبًا لِلشَّافِعِيِّ . وقال أَصْحَابُهُ : إن أَكْرَاها بَعْدَ الزِّيَادَةِ ، صَحَّ ، ولا يَصِحُّ قَبْلُها ؛ لأنَّها مَعْدُومَةٌ ، لا نَعْلَمُ هل يَقْدِرُ عَلَيْها أَم^(٣٨) لا . ولنا ، أنَّ هَذَا مُعْتَادٌ ، الظاهرُ وُجُودُهُ ، فَجازَتْ إِجَارَةُ الأرضِ الشَّارِبَةِ به ، كالشَّارِبَةِ من مِياهِ الأمطارِ ، ولأنَّ ظَنَّ القُدْرَةِ على التَّسْلِيمِ في وَقْتِهِ يَكْفِي في صِحَّةِ العَقْدِ ، كالتَّسْلِيمِ في الفَاكِهَةِ إلى أَوَانِها . النوعُ الثاني ، أن يكونَ مَجِيءُ الماءِ نادرًا ، أو غيرَ ظاهِرٍ ، كالأَرْضِ التي لا يَكْفِيها إِلَّا المَطَرُ الشَّدِيدُ الكَثِيرُ ، الذي يَنْدُرُ وُجُودُهُ . أو يكونَ شَرِبُها من قِيصِرٍ وإِدْ مَجِيئِهِ نادرًا ، أو من زِيَادَةِ نادرَةٍ في نَهْرٍ أو عَيْنٍ غَالِبَةٍ ، فهذه إن أَجَرها بَعْدَ وُجُودِ ماءٍ يَسْقِيها به ، صَحَّ أيضًا ؛ لأنَّه أَمَكَنَ الِاتِّفَاعُ بها وزَرْعُها ، فَجازَتْ إِجَارَتُها ، كذاتِ الماءِ الدائمِ . وإن أَجَرها قَبْلَهُ لِلْغَرَسِ أو الزَّرْعِ ، لم يَصِحَّ ، لأنَّه يَتَعَدَّرُ الزَّرْعُ غَالِبًا ، وَيَتَعَدَّرُ المَعْقُودُ عَلَيْهِ في الظاهرِ ، فلم تَصِحَّ / إِجَارَتُها ، كالأَبَقِ والمَعْصُوبِ . وإن أَكْثَرها على أَنَّها لا ماءَ لها ، جازَ ؛ لأنَّه يَتِمَكَّنُ^(٣٩) من الِاتِّفَاعِ بها بالنَّزُولِ فيها ، ووَضْعِ رَحْلِهِ ، وَجَمْعِ الحَطَبِ فيها ، وله أن يَزَرَعَها رَجاءَ الماءِ . وإن حَصَلَ لَهُ ماءٌ قَبْلَ زَرْعِها ، فَله زَرْعُها ؛ لأنَّ ذلكَ من مَنافِعِها المُمْكِنِ اسْتِيفائِها . وليس لَهُ أن يَبْنِيَ ، ولا يَغْرِسَ ؛ لأنَّ ذلكَ يُرادُّ لِلتَّأْيِيدِ . وتَقْدِيرُ الإِجَارَةِ بِمُدَّةٍ تَقْتَضِي تَفْرِيعَها

و ١٠٠/٥

(٣٧) في الأصل : « ويكفى » .

(٣٨) في ب ، م : « أو » .

(٣٩) في ب ، م : « يمكن » .

عند انقضاءها . فإن قيل : فلو استأجرها للغراس والبناء صحَّ مع تقدير المدة . قلنا : التصريح بالبناء والغراس صرف التقدير عن مقتضاه ، بظاهره في التفريع عند انقضاء المدة ، إلا أن يشترط قلَّع ذلك عند انقضاء المدة ، فيصرف الغراس والبناء عما يرادله بظاهره ، بخلاف مسألتنا . وإن أطلق إجازة هذه الأرض ، مع العلم بحالها ، وعدم مائها ، صحَّ ؛ لأنَّهما دخلا في العقد على أنَّها لا ماء لها ، فأشبهه ما لو شرطه . وإن لم يعلم عدم مائها^(٤٠) ، أو ظنَّ المكثري أنَّه يُمكن تحصيل ماء لها بوجه من الوجوه ، لم يصحَّ العقد ، ولأنَّه ربما دخل في العقد بناءً على أنَّ المالك لها^(٤١) يُحصل لها ماء ، وأنَّه يكثرها للزراعة مع تعدُّرها . وقيل : لا يصحَّ العقد مع الإطلاق وإن عُلِمَ حالها^(٤٢) ؛ لأنَّ إطلاق كراء الأرض يقتضي الزراعة . والأولى صحته ؛ لأنَّ العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط ، كالعلم بالغيب يقوم مقام شرطه ، ومتى كان لها ماء غير دائم ، أو الظاهر انقطاعه قبل الزرع ، أو لا يكفي الزرع ، فهي كالتي لا ماء لها . ومذهب الشافعي في هذا كله كما ذكرنا .

فصل : وإن اُكتري أرضاً غارقة بالماء ، لا يُمكن زرعها قبل انحساره عنها ، وقد ينحسر ولا ينحسر ، فالعقد باطل ؛ لأنَّ الانتفاع بها في الحال غير مُمكن ، ولا يزول المانع غالباً . وإن كان ينحسر عنها وقت الحاجة إلى الزراعة ، كأرض مصر في وقت مدَّ النيل ، صحَّ العقد ؛ لأنَّ المقصود متحقق بحكم العادة المستمرة . وإن كانت الزراعة فيها مُمكنة ، ويخاف غرقها ، والعادة غرقها ، لم يجز إجارتها ؛ لأنَّها في حكم الغارقة بحكم العادة المستمرة .

فصل : ومتى غرق الزرع أو هلك ، بحريق أو جراد أو برد ، أو غيره ، فلا ضمان

(٤٠) في م : « نائها » .

(٤١) سقط من : الأصل .

(٤٢) في ب : « حالتها » . وفي م : « بحالها » .

على المؤجر ، ولا خيار للمكترى . نصَّ عليه أحمد . ولا تعلم فيه خلافاً . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنَّ التالف غير المعقود عليه ، وإنما تلف مال المكترى فيه ، فأشبهه من اشترى^(٤٣) / دُكَّانًا فاحترق متاعه فيه . ثم إن أمكن المكترى الانتفاع بالأرض بغير الزرع ، أو بالزرع في بقية المدة ، فله ذلك ، وإن تعدَّر ذلك ، فالأجر لازم له ؛ لأنَّ تعدُّره لفوات وقت الزراعة بسبب غير مضمون على المؤجر ، لا لمعنى في العين . وإن تعدَّر الزرع بسبب غرق الأرض ، أو انقطاع مائها ، فللمستأجر الخيار ؛ لأنَّه لمعنى في العين . وإن تلف الزرع بذلك ، فليس على المؤجر ضمانه ؛ لأنَّه لم يتلفه^(٤٤) بمباشرة ولا بسبب . وإن قل الماء بحيث لا يكفي الزرع ، فله الفسخ ؛ لأنَّه عيب . فإن كان ذلك بعد الزرع ، فله الفسخ أيضاً ، ويقتى الزرع في الأرض إلى أن يستحصد ، وعليه من المسمى بحصته إلى حين الفسخ ، وأجر المثل لما بقي من المدة لأرض لها مثل ذلك الماء . وكذلك إن انقطع الماء بالكليَّة ، أو حدث بها عيب من غرق يهلك به^(٤٥) بعض الزرع ، أو يسوء حاله به .

فصل : وإذا استأجر أرضاً للزراعة مدةً ، فانقضت ، وفيها زرع لم يبلغ حصاده ، لم يحل من حالين ؛ أحدهما ، أن يكون لتفريط من المستأجر ، مثل أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكَماله قبل انقضاء المدة ، فحكمه حكم زرع الغاصب ، يُخير المالك بعد المدة بين أخذه بالقيمة ، أو تركه بالأجر لما زاد على المدة ؛ لأنَّه أبقى زرعاً في أرض غيره بعدوانه . وإن اختار المستأجر قطع زرع في الحال ، وتفريغ الأرض ، فله ذلك ؛ لأنَّه يُزيل الضرر ، ويُسلم الأرض على الوجه الذي اقتضاه العقد . وذكر القاضي ، أنَّ على المستأجر نقل الزرع وتفريغ الأرض ، وإن اتفقا على تركه بعوض أو غيره ، جاز . وهذا مذهب الشافعي ، بناءً على قوله في الغاصب . وقياس مذهبنا

(٤٣) في ب : « اشترى » .

(٤٤) في الأصل : « يتلف » .

(٤٥) سقط من : م .

ما ذَكَرْنَاهُ . الحال الثاني ، أن يكون بَقَاؤُهُ بغير تَفْرِيطٍ ، مثل أن يَزْرَعَ زَرْعًا يَنْتَهِي فِي الْمُدَّةِ عَادَةً ، فَأَبْطَأَ لِيَزِدَ أَوْ غَيْرَهُ ، فَإِنَّهُ يَلْزَمُ الْمُؤَجَّرُ تَرْكُهُ إِلَى أَنْ يَنْتَهِيَ ، وَلَهُ الْمُسَمَّى وَأَجْرُ الْمِثْلِ لِمَارَادٍ ، وَهَذَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، قَالُوا : يَلْزَمُهُ تَقْلُهُ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ ضَرِبَتْ لِتَقِيلَ الزَّرْعَ ، فَيَلْزَمُ الْعَمَلُ بِمُوجِبِهِ ، وَقَدْ وَجَدَ مِنْهُ تَفْرِيطٌ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يُمَكِّنُهُ أَنْ يَسْتَظْهَرَ فِي الْمُدَّةِ ، فَلَمْ يَفْعَلْ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَصَلَ الزَّرْعُ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ بِإِذْنِهِ ، مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ ، فَلَزِمَ تَرْكُهُ ، كَمَا لَوْ أَعَارَهُ أَرْضًا فَزَرَعَهَا ، ثُمَّ رَجَعَ الْمَالِكُ قَبْلَ كَمَالِ الزَّرْعِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ مُفَرِّطٌ . غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْمُدَّةَ الَّتِي جَرَتْ الْعَادَةُ / بِكَمَالِ الزَّرْعِ فِيهَا ، وَفِي زِيَادَةِ الْمُدَّةِ تَفْرِيطٌ^(٤٦) زِيَادَةُ الْأَجْرِ بِغَيْرِ فَائِدَةٍ ، وَتَضْيِيعُ زِيَادَةِ مُتَقَيَّنَةٍ لِتَحْصِيلِ شَيْءٍ مُتَوَهَّمٍ عَلَى خِلَافِ الْعَادَةِ هُوَ التَّفْرِيطُ ، فَلَمْ يَكُنْ تَرْكُهُ تَفْرِيطًا . وَمَتَى أَرَادَ الْمُسْتَأْجِرُ زَرْعَ شَيْءٍ لَا يُدْرِكُ مِثْلَهُ فِي مُدَّةٍ^(٤٧) الْإِجَارَةِ ، فَلِلْمَالِكِ مَنْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لَوْجُودِ زَرْعِهِ فِي أَرْضِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ ، فَمَلَكَ مَنْعَهُ مِنْهُ . فَإِنْ زَرَعَ ، لَمْ يَمْلِكْ مُطَابَقَتَهُ بِقَلْعِهِ قَبْلَ الْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّهُ فِي أَرْضٍ يَمْلِكُ نَفْعَهَا ، وَلِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ بَعْدَ الْمُدَّةِ ، فَقَبْلَهَا أَوْلَى . وَمَنْ أَوْجَبَ عَلَيْهِ قَطْعَهُ بَعْدَ الْمُدَّةِ ، قَالَ : إِذَا لَمْ يَكُنْ بُدٌّ مِنَ الْمَطَالِبَةِ بِالنَّقْلِ ، فَلْيَكُنْ عِنْدَ الْمُدَّةِ الَّتِي يَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَهَا إِلَى الْمُؤَجَّرِ فَارِغَةً .

فصل : وَإِذَا اكْتَرَى الْأَرْضَ لَزْرَعٍ مُدَّةً لَا يَكْمُلُ فِيهَا ، مِثْلُ أَنْ يَكْتَرِيَ^(٤٨) خُمْسَةَ أَشْهُرٍ لَزْرَعٍ لَا يَكْمُلُ إِلَّا فِي سَنَةٍ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ شَرَطَ تَفْرِيعَهَا عِنْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ وَتَقْلَهُ عَنْهَا ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُفْضَى إِلَى الزِّيَادَةِ عَلَى مُدَّتِهِ ، وَقَدْ يَكُونُ لَهُ غَرَضٌ فِي ذَلِكَ ، لِأَخْذِهِ إِيَّاهُ قَصِيلاً أَوْ غَيْرَهُ ، وَيَلْزَمُهُ مَا التَزَمَ ، وَإِنْ أَطْلَقَ الْعَقْدَ ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ شَيْئًا ، اخْتَمَلَ أَنْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْإِنْتِفَاعَ بِالزَّرْعِ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ مُمَكِّنٌ ، وَاخْتَمَلَ أَنَّهُ إِنْ أُمِكَنَ أَنْ يَنْتَفِعَ

(٤٦) فِي الْأَصْلِ : « تَفُوت » .

(٤٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤٨) فِي الْأَصْلِ : « اكْتَرَى » .

بالأرض ، في زرعٍ ضرره كضرر الزرع المشروط أو دونه ، مثل أن يزرعها شعيراً يأخذُه^(٤٩) قصيلاً ، صحَّ العقد ؛ لأنَّ الانتفاع بها في بعض ما اقتضاه العقد ممكنٌ . وإن لم يكن كذلك ، لم يصحَّ ؛ لأنه اُكتري للزرع مالا ينتفع بالزرع^(٥٠) فيه ، أشبهه إجارة السبحة له . فإن قلنا : يصحُّ . فإن انقضت المدة ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، حكمه حكم زرع المستأجر لما لا يكمل في مدته ؛ لأنه ههنا مفرطٌ . واحتمل أن يلزم المكري تركه بالأجر ؛ لأنَّ التفريط منه حيث أكره مدة لزوع لا يكمل فيها . وإن شرط تبقيته حتى يكمل ، فالعقد فاسدٌ ؛ لأنه جمع بين متضادين ، فإنَّ تقدير المدة يقتضي النقل فيها ، وشرط التبقية يخالفه ، ولأنَّ مدة التبقية مجهولة ، فإن زرع لم يطالب بتقبله ، كالتى تقدمت .

فصل : إذا أجره^(٥١) للغراس سنة ، صحَّ ؛ لأنه يمكنه تسليم منفعتها المباحة المقصودة ، فأشبهت سائر المنافع ، وسواء شرط قلع الغراس عند انقضاء المدة ، أو أطلق . وله أن يعرس قبل انقضاء المدة ، فإذا انقضت ، لم يكن له أن يعرس ؛ لزوال عقده . فإذا انقضت السنة ، وكان قد شرط القلع عند انقضائها ، لزمه ذلك وفاءً بموجب شرطه ، وليس على صاحب الأرض غرامة نقصه ، ولا على المكري / سنوية الحفر وإصلاح الأرض ؛ لأنهما دخلا على هذا ، لرضاها بالقلع ، واشترطيهما عليه . وإن اتفقا على إبقائه بأجر أو غيره ، جاز^(٥٢) إذا شرطاً مدة معلومة . وكذلك لو اُكتري الأرض سنة بعد سنة ، كلما انقضت عقد جدد آخر ، جاز^(٥٣) . وإن أطلق العقد ، فللمكري القلع ؛ لأنَّ العرس ملكه ، فله أخذه ، كطعامه من^(٥٤) الدار

١٠١/٥ ظ

(٤٩) في الأصل : « فأخذه » .

(٥٠) سقط من : م .

(٥١) في ب : « استأجره » .

(٥٢ - ٥٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٥٣) في الأصل : « في » .

التي باعها . وإذا قلّع ، فعليه تسوية الحفر ؛ لأنه نقص دخل على^(٥٤) ملك غيره بغير إذنه . وهكذا إن قلّعه قبل انقضاء المدة هلّها ، وفي التي قبلها ؛ لأنّ القلّع قبل الوقت لم يأذن فيه المالك ، ولأنّه تصرّف في الأرض تصرّفًا نقصها ، لم يقتضه عقد الإجارة . وإن أبى القلّع ، لم يجبر عليه ، إلّا أن يضمن له المالك نقص غرسه ، فيجبر حينئذ . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ، ومالك : عليه القلّع من غير ضمان النقص له ؛ لأنّ تقدير المدة في الإجارة يقتضي التفرّيع عند انقضائها ، كالمو استأجرها للزّرع . ولنا ، قول النبي ﷺ : « ليس لعرق ظالم حق »^(٥٥) . مفهوماً أنّ ما ليس بظالم له حق . وهذا ليس بظالم ، ولأنّه غرس بإذن المالك ، ولم يشترط قلّعه ، فلم يجبر على القلّع من غير ضمان النقص ، كالمو استعار منه أرضاً للغرس مدة ، فرجع قبل انقضائها ، ويخالف الزّرع ؛ فإنّه لا يقتضي التأييد . فإن قيل : فإن كان إطلاق العقد في الغراس يقتضي التأييد ، فشرط القلّع^(٥٦) ينافي مقتضى العقد ، فينبغي أن يفسده . قلنا : إنّما اقتضى التأييد من حيث إنّ العادة في الغراس التّيقية ، فإذا أطلقه حمل على العادة ، وإذا شرط خلافه ، جاز ، كما إذا باع بغير نقد البلد ، أو شرط في الإجارة شرطاً يخالف العادة . إذا ثبت هذا ، فإنّ ربّ الأرض يُخيّر بين ثلاثة أشياء ؛ أحدها ، أن يدفع قيمة الغراس والبناء ، فيملكه مع أرضه . والثاني ، أن يقلّع الغراس والبناء ، ويضمن أرض نقصه . والثالث ، أن يقرّ الغراس والبناء ، ويأخذ منه أجر المثل . وبهذا قال الشافعي . وقال مالك : يُخيّر بين دفع قيمته فيملكه ، وبين مطالبة بالقلّع من غير ضمان ، وبين تركه ، فيكونان شريكين . وليس بصحيح ؛ لأنّ الغراس ملك لغراسه ، لم يدفع إليه عنه عوض ، ولا رضى بزوال ملكه عنه^(٥٧) فلا يزول عنه^(٥٧) ، كسائر الغرس . وإن اتفقا على بيع الغراس والبناء للمالك ، جاز . وإن باعهما

(٥٤) في ب : « في » .

(٥٥) تقدم ترجمته في : ٥٥٨/٦ .

(٥٦) سقط من : ب .

(٥٧) - ٥٧ سقط من : م .

صَاحِبُهُمَا لغيرِ مَالِكِ الْأَرْضِ ، جازَ ، ومُشْتَرِيَهُمَا يَقُومُ فِيهِمَا مَقَامَ الْبَائِعِ . وقال أصحابُ الشافعيِّ ، في أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ : ليسَ لَهُ بَيْعُهُمَا لغيرِ مَالِكِ الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ^(٥٨) ضَعِيفٌ ، بِدَلِيلِ أَنْ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ تَمَلُّكُهُ عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ . ولنا ، أَنَّهُ مَمْلُوكٌ لَهُ ، يَجُوزُ بَيْعُهُ لِمَالِكِ الْأَرْضِ ، / فجازَ لغيرِهِ ، كَشِقْصِ مَشْفُوعٍ ، وبهذا يَظُنُّ مَا ذَكَرُوهُ ؛ فَإِنَّ لِلشَّقِيقِ تَمَلُّكَ الشَّقِصِ وَشِرَاءَهُ ، وَيَجُوزُ بَيْعُهُ لغيرِهِ . فَأَمَّا إِنْ شَرَطَ فِي الْعَقْدِ ثَبْقِيَةَ الْغِرَاسِ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ صَحِيحٌ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا وُاطِلَقَ الْعَقْدُ سِوَاءً . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَظُنُّ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ مَا يُتَنَافَى مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ ذَلِكَ فِي الزَّرْعِ الَّذِي لَا يَكْمُلُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ ، وَلِأَنَّ الشَّرْطَ بَاطِلٌ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْوَفَاءُ بِهِ ، وَهُوَ مُؤَثَّرٌ ، فَأَبْطَلَهُ ، كَشَرَطِ ثَبْقِيَةِ الزَّرْعِ بَعْدَ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ .

٩٠٠ - مسألة ؛ قال : (وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجَرَ الْأَجِيرَ بِطَعَامِهِ وَكُسْوَتِهِ)

اِخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا بِطَعَامِهِ وَكُسْوَتِهِ ، أَوْ جَعَلَ لَهُ أَجْرًا ، وَشَرَطَ طَعَامَهُ وَكُسْوَتَهُ ، فَرَوَى عَنْهُ^(١) جَوَازُ ذَلِكَ . وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَإِسْحَاقَ . وَرَوَى عَنْ أَبِي بَكْرٍ ، وَعُمَرَ ، وَأَبِي مُوسَى ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، أَنَّهُمْ اسْتَأْجَرُوا الْأَجْرَاءَ بِطَعَامِهِمْ وَكُسْوَتِهِمْ . وَرَوَى عَنْهُ أَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ فِي الظُّئْرِ^(٢) دُونَ غَيْرِهَا . اخْتَارَهَا الْقَاضِي . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَجْهُولٌ ؛ وَإِنَّمَا جازَ فِي الظُّئْرِ^(٣) ، لقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(٤) . فَأَوْجَبَ لَهُنَّ النِّفَقَةَ وَالْكُسْوَةَ عَلَى الرِّضَاعِ ، وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ

(٥٨) في ب ، م : « مَالِكُهُ » .

(١) سقط من : الأصل ، ب .

(٢) الظئر : المَرْضَعَةُ .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) سورة البقرة ٢٣٣ .

المُطَلَّقة وغيرها ، بل في الآية قرينة تدل على طلاقها^(٥) ؛ لأن الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجية وإن لم ترضع ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾^(٦) . والوارث ليس بزوج ، ولأن المنفعة في الحضانية والرضاع غير معلومة ، فجاز أن يكون عوضها كذلك . وروى عنه رواية ثالثة : لا يجوز ذلك بحال ، لا في الظئر ولا في غيرها . وبه قال الشافعي وأبو يوسف ، ومحمد ، وأبو ثور ، وابن المنذر ؛ لأن ذلك يختلف اختلافا كثيرا متباينا ، فيكون مجهولا ، والأجر من شرطه أن يكون معلوما . ولنا : ما روى ابن ماجه ، عن عتبة بن النذر ، قال : كنا عند رسول الله ﷺ ، فقرأ ﴿ طس ﴾ حتى بلغ قصة موسى ، قال : « إن موسى آجر نفسه ثمانين^(٧) أو عشرين ، على عفة فرجه ، وطعام بطنه »^(٨) . وشرع من قبلنا شرع لنا ، ما لم يثبت نسخته . وعن أبي هريرة ، رضى الله عنه ، أنه قال : كنت أجيرا لابنة عزوان بطعام بطني ، وعقبة رجلى^(٩) ، أخطب لهم إذا نزلوا ، وأخذوا بهم إذا ركبوا^(١٠) . ولأن من ذكرنا من الصحابة وغيرهم^(١١) فعلوه ، فلم يظهر له نكير ، فكان إجماعا ، ولأنه قد ثبت في الظئر بالآية ، فيثبت في غيرها بالقياس عليها ، ولأنه عوض منفعة ، فقام العرف فيه مقام التسمية ، كنفقة الزوجة ، ولأن^(١٢) للكسوة عرفا^(١٣) / ، وهى ١٠٢/٥ ط كسوة الزوجات ، وللإطعام عرف ، وهو الإطعام في الكفارات ، فجاز إطلاقه ، كنقد البلد . ونخص أبا حنيفة بأن ما كان عوضا في الرضاع ، جاز في الخدمة ، كالأثمان . إذا ثبت هذا ، فإثهما إن تشاحا في مقدار الطعام والكسوة ، رجع في

(٥) في ب : « فراقها » .

(٦) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٧) في م : « حجج » .

(٨) تقدم تخريجه في صفحة ٥ .

(٩) أى للنوبة من الركوب .

(١٠) أخرجه ابن ماجه ، في : باب إجارة الأجير على طعام بطنه ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٧/٢ .

(١١) سقط من : الأصل ، ب .

(١٢ - ١٣) في الأصل : « الكسوة » .

القوت إلى الإطعام في الكفارة ، وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله . قال أحمد : إذا تشاح في الطعام ، يحكم له بمد كل يوم . ذهب به إلى ظاهر ما أمر الله تعالى من إطعام المساكين ، ففسرت ذلك السنة بأنه مد لكل مسكين . ولأن الإطعام مطلق في الموضعين ، فما فسر به أحدهما يفسر به الآخر . وليس له إطعام الأجير إلا ما يوافقه من الأغذية ؛ لأن عليه ضرراً ، ولا يمكنه استيفاء الواجب له منه .

فصل : وإن شرط الأجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة ، كما يوصف في السلم ، جاز ذلك عند الجميع . وإن لم يشترط طعاماً ولا كسوة ، فنفته وكسوته على نفسه . وكذلك الظئر . قال ابن المنذر : لا أعلم عن أحد خلافاً فيما ذكرت . وإن شرط للأجير طعام غيره وكسوته موصوفاً ، جاز ؛ لأنه معلوم ، أشبه ما لو شرط ذراهم معلومة ، ويكون ذلك للأجير ، إن شاء أطعمه ، وإن شاء تركه . وإن لم يكن موصوفاً ، لم يجز ؛ لأن ذلك مجهول ، احتمل فيما إذا^(١٣) شرطه للأجير^(١٢) للحاجة إليه ، وجرت العادة به ، فلا يلزمه احتمالها مع عدم ذلك . ولو استأجر دابة بعلفها ، أو بأجر مسمى وعلفها ، لم يجز ؛ لأنه مجهول ، ولا عرف له يرجع إليه ، ولا تعلم أحدًا قال بجوازه ، إلا أن يشترطه موصوفاً ، فيجوز .

فصل : وإن استغنى الأجير عن طعام المؤجر بطعام نفسه ، أو غيره ، أو عجز عن الأكل لمرض أو غيره ، لم تسقط نفقته ، وكان له المطالبة بها ؛ لأنها عوض ، فلا تسقط بالغنى عنه ، كالذرهم . وإن احتاج لدواء لمرضه ، لم يلزم المستأجر ذلك ؛ لأنه لم يشترط له الإطعام إلا صحيحاً ، لكن يلزم له بقدر طعام الصحيح . يشترى له الأجير به^(١٤) ما يصلح له^(١٤) ؛ لأن ما زاد على طعام الصحيح لم يقع العقد عليه ، فلا يلزم به ، كالزائد في القدر .

(١٣ - ١٣) في الأصل : « شرط الأجر » .

(١٤) سقط من : م .

فصل : إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ طَعَامَهُ ، فَأَحَبَّ الْأَجِيرُ أَنْ يَسْتَفْضِلَ بَعْضَهُ لِنَفْسِهِ ، نَظَرَتْ ؛ فَإِنْ كَانَ الْمُؤْجِرُ دَفَعَ إِلَيْهِ أَكْثَرَ مِنَ الْوَاجِبِ ، لِيَأْكُلَ قَدْرَ حَاجَتِهِ ، وَيَفْضُلَ الْبَاقِي ، أَوْ كَانَ فِي تَرْكِهِ لِأَكْلِهِ كُلَّهُ ضَرَرٌ عَلَى الْمُؤْجِرِ ، بَأَنْ يَضْعُفَ عَنِ الْعَمَلِ ، أَوْ يَقِلَّ لَبْنُ الظَّئِيرِ ، مُنِعَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى لَمْ يُمْلِكْهُ إِلَّاهُ ، وَإِنَّمَا أَبَاحَهُ أَكْلَ قَدْرِ حَاجَتِهِ ، وَفِي الثَّانِيَةِ عَلَى الْمُؤْجِرِ ضَرَرٌ بِتَقْوِيَتِ بَعْضِ / مَالِهِ مِنْ مَنَفَعَتِهِ ، فَمُنِعَ مِنْهُ ، كَالْجَمَالِ ١٠٣/٥ وَ إِذَا امْتَنَعَ مِنْ عَلْفِ الْجَمَالِ . وَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ قَدْرَ الْوَاجِبِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ ، أَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ أَكْثَرَ ، وَمَلَكَهُ إِلَّاهُ ، وَلَمْ يَكُنْ فِي تَفْضِيلِهِ لِبَعْضِهِ ضَرَرٌ بِالْمُؤْجِرِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ حَتَّى لَا ضَرَرَ عَلَى الْمُؤْجِرِ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ الدَّرَاهِمَ .

فصل : وَإِنْ قَدَّمَ إِلَيْهِ طَعَامًا ، فَتُهَبَ أَوْ تَلَفَ قَبْلَ أَكْلِهِ ، نَظَرَتْ ؛ فَإِنْ كَانَ عَلَى مَائِدَةٍ لَا يَخْصُهُ فِيهَا بِطَعَامِهِ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيْهِ ، فَكَانَ تَلَفُهُ مِنْ مَالِهِ ، وَإِنْ خَصَّهُ بِذَلِكَ ، وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ الْأَجِيرِ ؛ لِأَنَّهُ تَسْلِيمُ عَوَضٍ عَلَى وَجْهِ التَّمْلِيكِ ، أَشْبَهَ الْبَيْعَ .

فصل : إِذَا دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ ثَوْبًا ، وَقَالَ : بَعُهُ بِكَذَا ، فَمَا ارْزُدْكَتَ فَهُوَ لَكَ . صَحَّ ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَحْمَدَ بْنِ سَعِيدٍ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ سِيرِينَ ، وَإِسْحَاقُ . وَكَرِهَهُ النَّحَعِيُّ ، وَحَمَّادٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ؛ لِأَنَّهُ أَجَرَ مَجْهُوْلًا ، يَحْتَمِلُ الْوُجُودَ وَالْعَدَمَ . وَلَنَا ، مَا رَوَى عَطَاءٌ ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهُ كَانَ لَا يَرَى بِأَسَاءً أَنْ يُعْطَى الرَّجُلُ الرَّجُلَ الثَّوْبَ أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ ، فَيَقُولُ : بَعُهُ بِكَذَا وَكَذَا ، فَمَا ارْزُدْكَتَ فَهُوَ لَكَ . وَلَا يُعْرِفُ لَهُ فِي عَصَرِهِ مُخَالَفٌ . وَلِأَنَّهَا عَيْنٌ تُنَمَّى بِالْعَمَلِ عَلَيْهَا^(١٥) ، أَشْبَهَ دَفْعَ^(١٦) مَالِ الْمُضَارَبَةِ^(١٧) . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنْ بَاعَهُ بِزِيَادَةٍ ، فَهِيَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهَا أَجْرَةً ، وَإِنْ بَاعَهُ بِالْقَدْرِ الْمُسَمًّى مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ ،

(١٥) فِي م : « فِيهَا » .

(١٦ - ١٧) فِي الْأَصْلِ : « الْمَالُ مُضَارَبَةٌ » .

فلا شيء له ؛ لأنه جعل له الزيادة ، ولا زيادة ههنا ، فهو كالمضارب إذا لم يربح . وإن باعه بنقص عنه ، لم يصح البيع ؛ لأنه وكيل مخالف . وإن تعدد رده ، ضمن النقص . وقد قال أحمد : يضمن النقصان مطلقاً . وهذا قد مضى مثله في الوكالة . وإن باعه نسيئة ، لم يصح البيع ؛ لأن إطلاق البيع يقتضي النقد ، لما في النسيئة من ضرر التأخير والخطر بالمال ، ليحصل له نفع الربح . ويفارق المضارب على رواية ، حيث يجوز له البيع نساء ؛ لأنه يحصل لرب المال ^(١٧) نفع بما يحصل من الربح في مقابلة ضرره بالنسيئة ، وههنا لا فائدة لرب المال ^(١٧) في الربح بحال ، ولأن مقصود المضاربة تحصيل الربح ، وهو في النسيئة أكثر ، وههنا ليس مقصود رب المال الربح ، ولا حظ له فيه ، فلا فائدة له ^(١٨) في النسيئة ^(١٨) . وقال أحمد ، في رواية الأثرم : ليس له شيء . يعنى إذا زاد على العشرة ؛ لأن الإطلاق إنما اقتضى بيعها حالاً ، فإذا باع ^(١٩) نسيئة ، فلم يمثل الأمر ، فلم يستحق شيئاً .

فصل : قال أحمد ، في رواية مهنأ : لا بأس أن يحصد الزرع ، ويصير النخل ، ^{١٠٣/٥} بسدس ما يخرج منه ، وهو أحب إلى من المقاطعة . إنما جاز ههنا ؛ لأنه / إذا شاهده فقد علمه بالرؤية ، وهى أعلى طرق العلم ، ومن علم شيئاً علم جزأه المشاع ، فيكون أجراً معلوماً . واختاره أحمد على المقاطعة مع أنها جائزة ؛ لأنه ربما لم يخرج من الزرع ^(٢٠) مثل الذى قاطعه عليه ، وههنا يكون أقل منه ضرورة .

٩٠١ - مسألة ؛ قال : (وكذلك الظئر)

يعنى أنه يجوز استئجارها بطعامها وكسوتها . وقد ذكرنا ذلك ، والخلاف فيه .

(١٧ - ١٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٨ - ١٨) في م : « فيه » .

(١٩) في م : « باعها » .

(٢٠) في م : « الأرض » .

وَأَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى جَوَازِ اسْتِجَارِ الطَّيْرِ ، وَهِيَ : الْمُرْضِعَةُ . وَهُوَ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى ، فِي قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ ^(١) . وَاسْتَرْضَعَ النَّبِيُّ ﷺ لَوْلَدِهِ إِبْرَاهِيمَ ^(٢) . وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَيْهِ فَوْقَ دُعَائِهَا إِلَى غَيْرِهِ ، فَإِنَّ الطِّفْلَ فِي الْعَادَةِ إِنَّمَا يَعِيشُ بِالرَّضَاعِ ، وَقَدْ يَتَعَدَّرُ رَضَاعُهُ مِنْ أُمِّهِ ، فَجَازَ ذَلِكَ ، كَالِإِجَارَةِ فِي سَائِرِ الْمَنَافِعِ ، ثُمَّ نَنْظُرُ ؛ فَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِلرَّضَاعِ دُونَ الْحَضَانَةِ ، أَوْ لِلْحَضَانَةِ دُونَ الرَّضَاعِ ، أَوَّلَهُمَا ، جَازَ . وَإِنْ أَطْلَقَ الْعَقْدَ عَلَى الرَّضَاعِ ، فَهَلْ تَدْخُلُ فِيهِ الْحَضَانَةُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَدْخُلُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ مَا تَنَآوَلَهَا . وَالثَّانِي : تَدْخُلُ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ جَائِزٌ بِأَنَّ الْمُرْضِعَةَ تَحْضُنُ الصَّبِيَّ ، فَحَمِلَ الْإِطْلَاقُ عَلَى مَا جَرَى بِهِ الْعُرْفُ وَالْعَادَةُ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَهَذَا . وَالْحَضَانَةُ : تَرْبِيَةُ الصَّبِيِّ ، وَحِفْظُهُ ، وَجَعْلُهُ فِي سَرِيرِهِ ، وَرَبْطُهُ ، وَدَهْنُهُ ، وَكَحْلُهُ ، وَتَنْظِيفُهُ ، وَغَسْلُ خِرْقَتِهِ ، وَأَشْبَاهُ ذَلِكَ ، وَاشْتِقَاقُهُ مِنَ الْحَضَنِ ، وَهُوَ مَا تَحْتَ الْإِبْطِ وَمَا يَلِيهِ . وَسُمِّيَتْ التَّرْبِيَةُ حَضَانَةً تَجَوُّزًا ، مِنْ حَضَانَةِ الطَّيْرِ لِيَبْيُضَهِ وَفَرَاخُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُهَا تَحْتَ جَنَاحِيهِ ، فَسُمِّيَتْ تَرْبِيَةُ الصَّبِيِّ بِذَلِكَ أَخْذًا مِنْ فِعْلِ الطَّائِرِ .

فصل : وَيُشْتَرَطُ لِهَذَا الْعَقْدِ أَرْبَعَةُ شُرُوطٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ تَكُونَ مُدَّةُ الرَّضَاعِ مَعْلُومَةً ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَقْدِيرَهُ إِلَّا بِهَا ، فَإِنَّ السَّقَى وَالْعَمَلَ فِيهَا يَخْتَلِفُ . الثَّانِي ، مَعْرِفَةُ الصَّبِيِّ بِالْمُشَاهَدَةِ ؛ لِأَنَّ الرَّضَاعَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الصَّبِيِّ ، فِي كِبَرِهِ وَصِغَرِهِ ، وَنَهْمَتِهِ وَقَنَاعَتِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُعْرَفُ بِالصِّفَةِ ، كَالرَّاكِبِ . الثَّالِثُ ، مَوْضِعُ الرَّضَاعِ ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ ، فَيَشْتَقُّ عَلَيْهَا فِي بَيْتِهِ ، وَيَسْهَلُ عَلَيْهَا فِي بَيْتِهَا . الرَّابِعُ ، مَعْرِفَةُ الْعَوَضِ ، وَكَوْنُهُ مَعْلُومًا ، كَمَا سَبَقَ .

(١) سورة الطلاق ٦ .

(٢) أخرجه مسلم ، في : باب رحمته ﷺ الصبيان والعيال ... ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ٤ / ١٨٠٨ .

فصل : واخْتَلَفَ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فِي الرِّضَاعِ ، فَقِيلَ : هُوَ خِدْمَةُ الصَّبِيِّ وَحَمْلُهُ وَوَضْعُ التَّدْيِ فِي (٣) فِيهِ ، وَاللَّبْنُ (٣) تَبَعٌ ، كَالصَّبْغِ فِي إِجَارَةِ الصَّبَاغِ ، وَمَاءُ الْبَيْرِ فِي الدَّارِ ؛ لِأَنَّ اللَّبْنَ عَيْنٌ مِنَ الْأَعْيَانِ ، فَلَا يُعْقَدُ عَلَيْهِ فِي الْإِجَارَةِ ، كَلَبْنِ غَيْرِ الْآدَمِيِّ / وقيل : هُوَ اللَّبْنُ . قَالَ الْقَاضِي : هُوَ أَشْبَهُ ؛ لِأَنَّهُ الْمَقْصُودُ دُونَ الْخِدْمَةِ ، وَلِهَذَا لَوْ أَرْضَعْتَهُ دُونَ أَنْ تَخْدُمَهُ ، اسْتَحَقَّتِ الْأَجْرَةُ ، وَلَوْ خَدَمْتَهُ بَدُونَ الرِّضَاعِ ، لَمْ تَسْتَحِقَّ شَيْئًا ، وَلِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ . فَجَعَلَ الْأَجْرَ مُرْتَبًا عَلَى الْإِرضَاعِ ، فَيَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ . وَلِأَنَّ الْعَقْدَ لَوْ كَانَ عَلَى الْخِدْمَةِ ، لَمَا لَزِمَهَا سَقْيُهُ لَبْنَهَا . وَأَمَّا كَوْنُهُ عَيْنًا ، فَإِنَّمَا جَازَ الْعَقْدُ عَلَيْهِ فِي الْإِجَارَةِ رُحْصَةً ؛ لِأَنَّ غَيْرَهُ لَا يَقُومُ مَقَامَهُ ، وَالضَّرُورَةُ تَدْعُو إِلَى اسْتِيفَائِهِ ، وَإِنَّمَا جَازَ هَذَا فِي الْآدَمِيِّينَ دُونَ سَائِرِ الْحَيَوَانِ ، لِلضَّرُورَةِ إِلَى حِفْظِ الْآدَمِيِّ ، وَالْحَاجَةِ إِلَى إِبْقَائِهِ .

فصل : وَعَلَى الْمُرْضِيعَةِ أَنْ تَأْكُلَ وَتَشْرَبَ مَا يَدِرُّ بِهِ لَبْنُهَا ، وَيَصْلُحُ بِهِ ، وَلِلْمُكْتَرِي مُطَابَقَتُهَا بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ ثَمَامِ التَّمَكِّينِ مِنَ الرِّضَاعِ ، وَفِي تَرْكِهِ إِضْرَارٌ بِالصَّبِيِّ . وَمَتَى لَمْ تَرْضِيعُهُ ، (٤) وَإِنَّمَا اسْقَتْهُ لَبْنُ الْعَنَمِ ، أَوْ أَطْعَمْتَهُ ، فَلَا أَجْرَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تُؤَفِّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اكْتَرَاهَا لِخِيَاطَةٍ ثَوْبٍ ، فَلَمْ تَخْطُهُ . وَإِنْ دَفَعْتَهُ إِلَى خَادِمَتِهَا فَأَرْضَعْتَهُ ، فَكَذَلِكَ . وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَهَا أَجْرُهَا ؛ لِأَنَّ رِضَاعَهُ حَصَلَ (٥) بِفِعْلِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا لَمْ تَرْضِيعُهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ سَقَتْهُ لَبْنُ الْعَنَمِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا ، فَقَالَتْ : أَرْضَعْتَهُ . فَأَنكَرَ الْمُسْتَرْضِعُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ؛ لِأَنَّهَا مُؤْتَمَنَةٌ .

فصل : وَيَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يُؤْجَرَ أَمَتَهُ ، وَمُدَبَّرَتَهُ ، وَأُمُّ وَلَدِهِ ، وَمَنْ عُلِقَ عِتْقُهَا بِصِفَةٍ ، وَالْمَاذُونُ لَهَا فِي التَّجَارَةِ ، لِلإِرضَاعِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَنْفَعَتِهَا ، أَشْبَهَ إِجَارَتَهَا لِلْخِدْمَةِ . وَلَيْسَ لَوَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ إِجَارَةُ نَفْسِهَا ؛ لِأَنَّ نَفْعَهَا لِسَيِّدِهَا . وَإِنْ كَانَ لَهَا وَلَدٌ ،

(٣ - ٣) فِي م : « فَمَهُ » .

(٤ - ٤) فِي الْأَصْلِ : « أَوْ تَسْقِيهِ » .

(٥) فِي الْأَصْلِ ، ب : « جَعَلَ » .

لم تُجْزَ إِجَارَتُهَا لِلرَّضَاعِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَبْنُهَا^(٦) فَضَّلَ عَنْ رِيهِ^(٧) ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَوَلَدِهَا ، وَلَيْسَ لِسَيِّدِهَا إِلَّا مَا فَضَّلَ عَنْهُ . وَإِنْ كَانَتْ مُزَوَّجَةً ، لَمْ تُجْزَ إِجَارَتُهَا لِذَلِكَ إِلَّا بِإِذْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُفَوِّتُ حَقَّ الزَّوْجِ ، لِاشْتِعَالِهَا عَنْهُ بِإِرْضَاعِ الصَّبِيِّ وَحَضَانَتِهِ . فَإِنْ أَجَرَهَا لِلرَّضَاعِ ، ثُمَّ زَوَّجَهَا ، صَحَّ النِّكَاحُ ، وَلَا يَنْفَسِخُ عَقْدُ الْإِجَارَةِ ، وَيَكُونُ لِلزَّوْجِ أَنْ يَسْتَمْتَعَ بِهَا فِي حَالِ فَرَاغِهَا مِنَ الرِّضَاعِ وَالْحَضَانَةِ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَيْسَ لِلزَّوْجِ أَنْ يَطُوقَهَا إِلَّا بِرِضَى الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ يَنْقُصُ اللَّبْنَ ، وَقَدْ يَقْطَعُهُ . وَلَنَا ، أَنَّ وَطْءَ الزَّوْجِ مُسْتَحَقٌّ ، فَلَا يَنْسَقُطُ لِأَمْرِ مَشْكُوكٍ فِيهِ . وَلَيْسَ لِلْسَيِّدِ إِجَارَةُ مُكَاتَّبَةٍ ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهَا لَهَا^(٨) ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَمْلِكْ سَيِّدُهَا تَزْوِيجَهَا ، وَلَا وَطْأَهَا ، وَلَا إِجَارَتَهَا فِي غَيْرِ الرِّضَاعِ . وَلَهَا أَنْ تُزَوَّجَ نَفْسَهَا ؛ لِأَنَّهُ مِنْ جِهَاتِ الْاِكْتِسَابِ .

فصل : ويجوز للرجل استئجار أمه^(٩) ، وأخته ، وابنته ، / لِرِضَاعِ وَلَدِهِ ، ١٠٤/٥ ط وكذلك سائر أقاربه ، بغير خلاف . وإن استأجر امرأته لِرِضَاعِ وَلَدِهِ مِنْهَا ، جاز . هذا الصحيح من مذهب أحمد ، وذكره الخرقي فقال : وإن أرادت الأم أن ترضعه بأجرٍ مثلها ، فهي أحقُّ به من غيرها ، سواء كانت في حبال الزوج أو مُطَلَّقَتُهُ . وقال القاضي : ليس لها^(١٠) ذلك . وتأول كلام الخرقي على أنها في حبال زوج آخر . وهذا قول أصحاب الرأي . وحكى عن الشافعي ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اسْتَحَقَّ حَبْسَهَا وَالاسْتِمْتَاعَ بِهَا بِعَوَضٍ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَلْزَمَهُ عَوَضٌ آخَرُ لِذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّ كُلَّ عَقْدٍ يَصِحُّ أَنْ تَعْقِدَهُ مَعَ غَيْرِ الزَّوْجِ ، يَصِحُّ أَنْ تَعْقِدَهُ مَعَهُ ، كَالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّ مَنَافِعَهَا فِي الرِّضَاعِ وَالْحَضَانَةِ غَيْرُ مُسْتَحَقَّةٍ لِلزَّوْجِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِجْبَارَهَا عَلَى حَضَانَةِ وَلَدِهَا ، وَيَجُوزُ لَهَا أَنْ

(٦) في ب ، م : « فيها » .

(٧) في ب ، م : « ربه » .

(٨) في م : « إليها » ..

(٩) في ب ، م : « أمته » .

(١٠) في الأصل ، ب : « له » .

تَأْخُذَ عَلَيْهَا الْعَوَضَ مِنْ غَيْرِهِ ، فَجَازَ لَهَا أَخْذَهُ ^(١١) مِنْهُ ، كَثَمَنَ مَالُهَا . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهَا اسْتَحَقَّتْ عَوَضَ الْحَبْسِ وَالْاسْتِمْتَاعِ . قُلْنَا : هَذَا غَيْرُ الْحَضَانَةِ ، وَاسْتِحْقَاقُ مَنْفَعَةٍ مِنْ وَجْهِ ، لَا يَمْنَعُ اسْتِحْقَاقُ مَنْفَعَةٍ سِوَاهَا بِعَوَضٍ آخَرَ ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهَا أَوْ لَا تَمْ تَزَوَّجَهَا . وَتَأْوِيلُ الْقَاضِي كَلَامَ الْخِرَقِيِّ ، يُخَالِفُ الظَّاهِرَ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْأَيْفَ وَاللَّامَ فِي الزَّوْجِ لِلْمَعْهُودِ ^(١٢) ، وَهُوَ زَوْجُهَا أَبُو الطَّفْلِ . وَالثَّانِي ، أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ فِي حَبَالِ زَوْجٍ آخَرَ ، لَا تَكُونُ أَحَقُّ بِهِ ، بَلْ يَسْقُطُ حَقُّهَا مِنَ الْحَضَانَةِ ، ثُمَّ لَيْسَ لَهَا أَنْ تُرْضَعَ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا ، فَفَسَدَ التَّأْوِيلُ .

فصل : وَتَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ بِمَوْتِ الْمُرْضِعَةِ ؛ لِقَوَاتِ الْمَنْفَعَةِ بِهَلَاكِ مَحَلِّهَا . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ : أَنَّهَا لَا تَنْفَسِخُ ، وَيَجِبُ فِي مَالِهَا أَجْرٌ مَنْ تُرْضِعُهُ تَمَامَ الْوَقْتِ ؛ لِأَنَّهُ كَالَّذِينَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ هَلَكَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ هَلَكَتِ الْبَيْمَةُ الْمُسْتَأْجَرَةُ . وَإِنْ مَاتَ الطِّفْلُ انْفَسَخَ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَدَّرُ اسْتِيفَاءُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ إِقَامَةَ غَيْرِهِ مُقَامَهُ ، لِاخْتِلَافِ الصَّبِيَّانِ فِي الرِّضَاعِ ، وَاخْتِلَافِ اللَّبَنِ بِاخْتِلَافِهِمْ ، فَإِنَّهُ قَدْ يَدْرُ عَلَى أَحَدِ الْوَلَدَيْنِ دُونَ الْآخَرِ . وَهَذَا مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ . وَإِذَا انْفَسَخَ الْعَقْدُ عَقِيهِ ، بَطَلَتِ الْإِجَارَةُ مِنْ أَصْلِهَا ، وَرَجَعَ الْمُسْتَأْجِرُ بِالْأَجْرِ كُلِّهِ ، وَإِنْ كَانَ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ ، رَجَعَ بِحِصَّةٍ مَا بَقِيَ .

٩٠٢ - مسألة ؛ قال : (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ تُعْطَى عِنْدَ الْفِطَامِ عَبْدًا أَوْ أَمَةً ، كَمَا جَاءَ فِي الْخَبَرِ ، إِذَا كَانَ الْمُسْتَرْضِعُ مُوسِرًا)

يَعْنِي بِالْخَبَرِ ، مَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(١) ، بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ ، عَنْ أَبِيهِ ،

(١١) فِي الْأَصْلِ : « أَنْ تَأْخُذَهُ » .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « لِلْمَعْقُودِ » .

(١) فِي : بَابِ فِي الرِّضَاعِ عِنْدَ الْفَصَالِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٤٧٦/١ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِي كَمَا أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ مَا يَذْهَبُ مَدْمَةُ الرِّضَاعِ ، مِنْ أَبْوَابِ الرِّضَاعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِي ٩٨/٥ ، وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ حَقِّ الرِّضَاعِ وَحَرَمَتِهِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمُجْتَبَى ٨٩/٦ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٥٠/٣ .

عن حجاج بن حجاج الأسلمي ، عن أبيه ، قال : قلت : يا رسول الله ، ما يذهب عني مذمة الرضاع ؟ قال : / « العرة العبد أو الأمة » . قال الترمذي : هذا حديث حسن^(٢) صحيح . قال ابن الجوزي : المذمة ، بكسر الدال ، من الذم ، وبفتحها من الذم . قال ابن عقيل : إنما خص الرقة بالمجازاة بها دون غيرها ؛ لأن فعلها في^(٣) إرضاعه وحضائته ، سبب حياته وبقائه وحفظ رقبته ، فاستحب جعل الجزاء هبتها رقة ، ليناسب ما^(٤) بين النعمة والشكر ، ولهذا جعل الله تعالى المرضعة أمًا ، فقال تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾^(٥) . وقال النبي ﷺ : « لَا يَجْزِي وَلَدٌ وَالِدَهُ ، إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَعْتِقَهُ »^(٦) . وإن كانت المرضعة مملوكة ، استحب إعتاقها ؛ لأنه يحصل أخص الرقاب بها^(٧) ، وتحصل به المجازاة التي جعلها النبي ﷺ مجازاة للوالد من النسب .

٩٠٣ - مسألة ؛ قال : (وَمَنِ اكْتَرَى ذَابَةً إِلَى مَوْضِعٍ^(١) ، فَجَاوَزَهُ ، فَعَلَيْهِ الْأَجْرَةُ الْمَذْكُورَةُ ، وَأَجْرَةُ الْمِثْلِ لِمَا جَاوَزَهُ ، وَإِنْ ثَلَفَتْ فَعَلَيْهِ أَيْضًا فِيمَتَهَا)
الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أحدهما : في الأجر الواجب ، وهو المسمى ، وأجر المثل للزائد . نص عليه أحمد

(٢) سقط من : ب .

(٣) في ب : « من » .

(٤) سقط من : م .

(٥) سورة النساء ٢٣ .

(٦) أخرجه مسلم ، في : باب فضل عتق الوالد ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤٨/٢ . وأبو داود ، في : باب في بر الوالدين ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٦٢٨/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في حق الوالدين ، من أبواب البر . عارضة الأحوذى ٩٩/٨ . وابن ماجه ، في : باب بر الوالدين ، من كتاب الأدب ، سنن ابن ماجه ١٢٠٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٣٠/٢ ، ٢٦٣ ، ٣٧٦ ، ٤٤٥ .

(٧) في م زيادة : « لها » .

(١) في الأصل : « مكان » .

ولا خلاف فيه بين أصحابنا ، ذكر القاضي ذلك . وروى الأثرم ، بإسناده عن أبي الزناد ، أنه ذكر^(٢) فقهاء المدينة السبعة ، وقال : رُبما اختلفوا في الشيء ، فأخذنا بقول أكثرهم وأفضلهم رأيا ، فكان الذي وعيتُ عنهم على هذه الصفة ، أن من أكثرى دابةً إلى بلد ، ثم جاوز ذلك إلى بلدٍ سواه ، فإن الدابة إن سَلِمَتْ في ذلك كله ، أدّى كِرَاءَهَا وكِرَاءَ ما بعدها ، وإن تَلَفَتْ في^(٣) تعدّيه بها^(٤) ضَمِنَهَا ، وأدّى كِرَاءَهَا الذي تَكَارَاهَا به . وهذا قول الحكم ، وابن شبرمة ، والشافعي . وقال الثوري ، وأبو حنيفة : لا أجر عليه لما زاد ؛ لأن المنافع عندهما لا تُضمَّن في العَصَب . وحكى عن مالك أنه إذا تَجَاوَزَ بها إلى مَسَافَةٍ بَعِيدَةٍ ، يُخَيَّرُ^(٥) صَاحِبُهَا بين أَجْرِ الْمِثْلِ وبين الْمُطَالَبَةِ بِقِيَمَتِهَا يَوْمَ التَّعْدَى ؛ لأنه مُتَعَدٍّ بِمَسَاكِهَا ، حَابِسٌ لها عن أسواقها ، فكان لصاحبها تَضْمِينُهَا إِيَّاه . ولنا ، أن العينَ باقيةً بحالها ، يمكن أخذها ، فلم تَجِبْ قِيَمَتُهَا ، كما لو كانت المَسَافَةُ قَرِيبَةً . وما ذكره تَحَكُّمٌ لا دَلِيلَ عليه ، ولا نَظِيرَ له ، فلا يجوزُ المَصِيرُ إليه . وقد مضى الكلام مع أبي حنيفة في العَصَبِ .

الفصل الثاني : في الضمان ، ظاهرُ كلام الخِرَقِيّ وجوبُ قِيَمَتِهَا إذا تَلَفَتْ به ، سواء تَلَفَتْ في الزيادة ، أو بعد ردّها إلى المَسَافَةِ ، وسواء كان صَاحِبُهَا مع المُكْتَرَى ، أو لم يكن . وهذا ظاهرُ مَذْهَبِ الفُقَهَاءِ السَّبْعَةِ ، إذا تَلَفَتْ حال التَّعْدَى ؛ لما حَكَيْنَا عنهم . وقال القاضي : إن كان المُكْتَرَى نَزَلَ عنها ، وسَلَمَهَا إلى صَاحِبِهَا ، لِيُمَسِّكَهَا أو يَسْقِيَهَا ، فَتَلَفَتْ ، فلا ضَمَانٌ على المُكْتَرَى ، وإن هَلَكَتْ^(٥) والمُكْتَرَى رَاكِبٌ عليها ، أو حَمْلُهُ عليها ، فعليه ضَمَانُهَا . وقال أبو الحُطَّاب : إن كانت يَدُ صَاحِبِهَا عليها ، احْتَمَلَ أن يَلْزَمَ المُكْتَرَى جَمِيعُ قِيَمَتِهَا ، واحْتَمَلَ أن يَلْزَمَهُ نِصْفُ قِيَمَتِهَا . وقال

(٢) في ب ، م زيادة : « عن » .

(٣ - ٣) في م : « تعدّيه » .

(٤) في الأصل : « خير » .

(٥) في ب : « تلفت » .

أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِنْ لَمْ يَكُنْ صَاحِبُهَا مَعَهَا ، لَزِمَ الْمُكْتَرَى قِيَمَتُهَا كُلُّهَا ، وَإِنْ كَانَ مَعَهَا قَتِلَتْ فِي يَدِ صَاحِبِهَا ، لَمْ يَضْمَنْهَا الْمُكْتَرَى ؛ لِأَنَّهَا تَلَفَتْ فِي يَدِ صَاحِبِهَا ، أَشْبَهَ مَا لَوْ تَلَفَتْ بَعْدَ مُدَّةِ التَّعْدَى . وَإِنْ تَلَفَتْ تَحْتَ الرَّكَبِ ، فَفِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَلْزَمُهُ نِصْفُ قِيَمَتِهَا ؛ لِأَنَّهَا تَلَفَتْ بِفِعْلِ مَضْمُونٍ وَغَيْرِ مَضْمُونٍ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ تَلَفَتْ بِجَرَّاحَتِهِ وَجَرَّاحَةِ مَالِكِهَا . وَالثَّانِي ، تُقَسِّطُ الْقِيَمَةُ عَلَى الْمَسَافَتَيْنِ ، فَمَا قَابِلَ مَسَافَةِ الْإِجَارَةِ سَقَطَ ، وَوَجَبَ الْبَاقِي . وَنَحْوُ هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، فَإِنَّهُ قَالَ : ^(٦) مَنْ أَكْتَرَى جَمَلًا لِحِمْلٍ تِسْعَةٍ ، فَحَمَلَ عَشْرَةً ، قَتِلَتْ ، فَعَلَى الْمُكْتَرَى عَشْرُ قِيَمَتِهِ . وَمَوْضِعُ الْخِلَافِ فِي لُزُومِ كَمَالِ الْقِيَمَةِ إِذَا كَانَ صَاحِبُهَا مَعَ رَاكِبِهَا ، أَوْ تَلَفَتْ فِي يَدِ صَاحِبِهَا . فَأَمَّا إِذَا تَلَفَتْ حَالَ التَّعْدَى ، وَلَمْ يَكُنْ صَاحِبُهَا مَعَ رَاكِبِهَا ، فَلَا خِلَافَ فِي ضَمَانِهَا بِكَمَالِ قِيَمَتِهَا ؛ لِأَنَّهَا تَلَفَتْ فِي يَدِ عَادِيَةٍ ، فَوَجَبَ ضَمَانُهَا كَالْمَعْصُوبَةِ . وَكَذَلِكَ إِذَا تَلَفَتْ تَحْتَ الرَّكَبِ ، أَوْ تَحْتَ حِمْلِهِ ، وَصَاحِبُهَا مَعَهَا ؛ لِأَنَّ الْيَدَ لِلرَّكَبِ وَصَاحِبِ الْحِمْلِ ، بِدَلِيلِ أَنََّّهُمَا لَوْ تَنَازَعَا دَابَّةً أَحَدُهُمَا رَاكِبُهَا ، أَوْ لَهُ عَلَيْهَا حِمْلٌ ، وَالْآخَرُ أَخَذَ بِزِمَامِهَا ، لَكَانَتْ لِلرَّكَبِ وَلِصَاحِبِ الْحِمْلِ . وَلِأَنَّ الرَّكَبَ مُتَعَدٍّ بِالزِّيَادَةِ ، وَسُكُوتِ صَاحِبِهَا لَا يُسْقِطُ الضَّمَانَ ، كَمَنْ جَلَسَ إِلَى إِنْسَانٍ فَحَرَقَ ثِيَابَهُ وَهُوَ سَاكِتٌ . وَلِأَنَّهَا إِنْ تَلَفَتْ بِسَبَبِ تَعَبِهَا ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْمُتَعَدَّى ، كَمَنْ أَلْقَى حَجَرًا فِي سَفِينَةٍ مُوقَرَةٍ فَعَرَقَهَا . فَأَمَّا إِنْ تَلَفَتْ فِي يَدِ صَاحِبِهَا بَعْدَ نَزُولِ الرَّكَبِ عَنْهَا ، فَيُنْظَرُ ؛ فَإِنْ كَانَ تَلَفَهَا بِسَبَبِ تَعَبِهَا بِالْحِمْلِ وَالسَّيْرِ ، فَهُوَ كَالْوَلَفَتْ تَحْتَ الْحِمْلِ وَالرَّكَبِ ، وَإِنْ تَلَفَتْ بِسَبَبِ آخَرَ مِنْ أَفْتِرَاسِ سَبْعٍ أَوْ سُقُوطِ فِي هُوَّةٍ وَنَحْوِ ذَلِكَ ، فَلَا ضَمَانَ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَتَلَفْ فِي يَدِ عَادِيَةٍ ، وَلَا بِسَبَبِ عُذْوَانٍ . وَقَوْلُهُمْ : تَلَفَتْ ^(٧) بِفِعْلِ مَضْمُونٍ

(٦) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « فِي » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « فَاتَتْ » .

وغير مضمون ، أشبه ما لو تلفت بجرأحتين . يئطل بما إذا قطع السارق ، ثم قطع آخر يده غدوانا ، فمات منها ، وفارق ما ذكرنا^(٨) إذا جرح نفسه وجرحه غيره ؛ لأن الفاعلين غدوان ، فقس الضمان عليهما .

فصل : ولا يسقط الضمان بردها إلى المسافة . وبه قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، والشافعي . وقال محمد / : يسقط ، كما لو تعدى في الوديعة ، ثم ردها . ولنا ، أنها يد صار^(٩) ضامنة ، فلا يزول الضمان عنها إلا بإذن جديد ، ولم يوجد . وما ذكره في الوديعة لا تسلمه إلا أن يردها إلى مالكها ، أو يجدد له إذا .

٩٠٤ - مسألة ؛ قال : (وكذلك إن ائتمرى لحمولة شيء ، فزاد عليه)

^(١) وجملة ذلك أن من ائتمرى لحمل شيء ، فزاد عليه^(٢) ، مثل أن يئتمرها لحمل قفيزين ، فحمل ثلاثة ، فحكمه حكم من ائتمرى إلى موضع فجاوزه^(٣) ، في وجوب الأجر المسمى ، وأجر المثل لما زاد ، ولزوم الضمان إن تلفت . هذا قول الشافعي . وحكى القاضي أن قول أبي بكر في هذه المسألة وجوب أجر المثل في الجميع ، وأخذ من قوله في من استأجر أرضا ليزرعها شعيرا ، فزرعها حنطة ، قال : عليه أجر المثل للجميع ؛ لأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره ، فأشبه ما لو استأجر أرضا ، فزرع أخرى . فجمع القاضي بين مسألة الخرق ومسألة أبي بكر ، وقال : ينقل قول كل واحد من إحدى المسألتين إلى الأخرى ، لتساويهما في أن الزيادة لا تتميز ، فيكون في المسألتين وجهان . وليس الأمر كذلك ، فإن بين المسألتين قرنا ظاهرا ، فإن الذي حصل التعدى فيه في الحمل متميز عن^(٣) المعقود عليه ، وهو القفيز الزائد ، بخلاف الزرع ، ولأنه في مسألة الحمل استوفى المنفعة المعقود عليها

(٨) سقط من : ب ، م .

(٩) سقط من : م .

(١ - ١) سقط من : ب .

(٢) في م زيادة : « إلى سواء » .

(٣) في ب : « على » .

وَزَادَ ، وَفِي الزَّرْعِ لَمْ يَزَرْعَ مَا وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَيْهِ ، وَلِهَذَا عَلَّلَهُ أَبُو بَكْرٍ بِأَنَّهُ عَدَلَ عَنِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، وَلَا يَصِحُّ هَذَا الْقَوْلُ فِي مَسْأَلَةِ الْحَمْلِ ، فَإِنَّهُ قَدْ حَمَلَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ وَزَادَ عَلَيْهِ ، بَلْ إِنْ لَحِقَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ بِمَا إِذَا اكْتَرَى مَسَافَةً فزَادَ عَلَيْهَا أَشَدُّ ، وَشَبَّهَهَا بِهَا أَشَدُّ ، وَلِأَنَّهُ فِي مَسْأَلَةِ الْحَمْلِ مُتَعَدِّ بِالزِّيَادَةِ وَحَدِّهَا ، وَفِي مَسْأَلَةِ الزَّرْعِ مُتَعَدِّ بِالزَّرْعِ كُلِّهِ ، فَأَشَبَّهُهُ الْغَاصِبُ . فَأَمَّا مَسْأَلَةُ الزَّرْعِ فِيمَا إِذَا اكْتَرَى أَرْضًا لِيَزَرْعَ^(٤) الشَّعِيرَ ، فَزَرْعُ حِنْطَةٍ ، فَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ ، فَقَالَ : يَنْظُرُ مَا يَدْخُلُ عَلَى الْأَرْضِ مِنَ النُّقْصَانِ مَا بَيْنَ الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ ، فَيُعْطَى رَبُّ الْأَرْضِ . فَجَعَلَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ كَمَسْأَلَتِي الْخَرْقِيِّ ، فِي إِيْجَابِ الْمُسَمَّى وَأَجْرِ الْمِثْلِ لِلزَّائِدِ^(٥) . وَوَجَّهَهُ أَنَّهُ لَمَّا عَيَّنَ الشَّعِيرَ ، لَمْ يَتَّعَيْنْ ، وَلَمْ يَتَّعَلَقِ الْعَقْدُ بِعَيْنِهِ ، كَمَا سَبَقَ ذِكْرُهُ ، وَلِهَذَا قُلْنَا : لَهُ زَرْعٌ مِثْلُهُ ، وَمَا هُوَ دُونُهُ فِي الضَّرَرِ . فَإِذَا زَارَعَ حِنْطَةً ، فَقَدْ اسْتَوْفَى حَقَّهُ وَزِيَادَةً ، أَشَبَّهُهُ مَا لَوْ اكْتَرَاهَا إِلَى مَوْضِعٍ فَجَاوَزَهُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَهُ أَجْرُ الْمِثْلِ . وَعَلَّلَهُ بِأَنَّهُ عَدَلَ عَنِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَإِنَّ الْحِنْطَةَ لَيْسَتْ شَعِيرًا وَزِيَادَةً . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ قَدْ اسْتَوْفَى الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ وَزِيَادَةً ، غَيْرَ / أَنَّ الزِّيَادَةَ لَيْسَتْ مُتَمَيِّزَةً عَنِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ . بِخِلَافِ مَسْأَلَتِي الْخَرْقِيِّ . وَقَالَ ١٠٦/٥ ظ الشَّافِعِيُّ : الْمَكْرَى^(٦) يُخَيَّرُ بَيْنَ أَخْذِ الْكَرَاءِ وَمَا نَقَصَتْ الْأَرْضُ عَمَّا يَنْقُصُهَا الشَّعِيرُ ، وَبَيْنَ أَخْذِ كِرَاءٍ مِثْلِهَا لِلْجَمِيعِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ أَخَذَتْ شَبَّهًا مِنْ أَصْلَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، إِذَا رَكِبَ دَابَّةً فَجَاوَزَ بِهَا الْمَسَافَةَ الْمَشْرُوطَةَ^(٧) ؛ لَكُونِهِ اسْتَوْفَى الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ وَزِيَادَةً . وَالثَّانِي ، إِذَا اسْتَأْجَرَ أَرْضًا فَزَرْعَ غَيْرَهَا ؛ لِأَنَّهُ زَرْعٌ مُتَعَدِّيًا ، فَلِهَذَا خِيَرَهُ بَيْنَهُمَا ، وَلِأَنَّهُ وَجَدَ سَبَبَ يَقْتَضِي كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْحُكْمَيْنِ ، وَتَعَدَّرَ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا ، فَكَانَ لَهُ أَوْفَرُهُمَا . وَفَوَّضَ اخْتِيَارَهُ إِلَى الْمُسْتَحَقِّ ، كَقَتْلِ الْعَمْدِ . وَمِنْ نَصَرِ أَبِي بَكْرٍ ،

(٤) فِي ب ، م : « لَزَرْع » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « الزَّائِد » .

(٦) فِي ب ، م : « الْمَكْرَى » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « الْمَشْرُوطَةُ » .

قال : هذا مُتَعَدُّ بِالزَّرْعِ كُلِّهِ ، فكان عليه أَجْرُ المِثْلِ ، كالغاصِبِ ، ولهذا يَمْلِكُ رَبُّ الأرضِ مَنْعَهُ مِنْ زَرْعِهِ ، وَيَمْلِكُ أَخْذَهُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا زَرَعَهُ . وَيُفَارِقُ مَنْ زَادَ عَلَى حَقِّهِ زِيَادَةً مُتَمَيِّزَةً ، فَإِنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ بِالْجَمِيعِ ، إِنَّمَا تَعْدَى بِالزِّيَادَةِ وَحْدَهَا ، ولهذا لَا يَمْلِكُ الْمُكْرَى مَنْعَهُ مِنَ الْجَمِيعِ ، وَنَظِيرُ هَاتَيْنِ الْمَسْأَلَتَيْنِ ، مَنْ أَكْثَرَى عُقْرَةً لِيَجْعَلَ فِيهَا أَقْفَرَةً حِنْطَةً ، فَتَرَكَ فِيهَا أَكْثَرَ مِنْهَا ، وَمَنْ أَكْثَرَاهَا لِيَجْعَلَ فِيهَا قِنْطَارًا مِنَ الْقُطْنِ ، فَجَعَلَ فِيهَا قِنْطَارًا مِنْ حَدِيدٍ ، فَفِي الْأُولَى ، لَهُ الْمُسَمَّى وَأَجْرُ الزِّيَادَةِ ، وَفِي الثَّانِيَةِ يُخْرِجُ فِيهَا مِنَ الْخِلَافِ مِثْلَ مَا قُلْنَا فِي مَسْأَلَةِ الزَّرْعِ . وَحُكْمُ الْمُسْتَأْجِرِ الَّذِي يَزْرَعُ أَضْرَّ مِمَّا أَكْثَرَى لَهُ ، حُكْمُ الْغَاصِبِ ، لِرَبِّ الْأَرْضِ مَنْعُهُ فِي الْإِيتِدَاءِ ، لِمَا يَلْحَقُهُ مِنَ الضَّرَرِ ، فَإِنْ زَرَعَ ، قَرُبُ الْأَرْضِ مُخَيَّرَ بَيْنَ تَرْكِ الزَّرْعِ بِالْأَجْرِ ، وَبَيْنَ أَخْذِهِ وَدَفْعِ النَّفَقَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ حَتَّى أَخَذَ الْمُسْتَأْجِرُ زَرْعَهُ ، فَلَهُ الْأَجْرَةُ لَا غَيْرُ ، عَلَى مَا ذَكَّرْنَا فِي بَابِ الْعَصَبِ .

فصل : وَإِنْ أَكْثَرَى دَابَّةً إِلَى مَسَافَةٍ ، فَسَلَّكَ أَشَقَّ مِنْهَا ، فَهِيَ مِثْلُ مَسْأَلَةِ الزَّرْعِ ، يُخْرِجُ فِيهَا وَجْهَانِ ، قِيَاسُ الْمَنْصُوصِ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ لَهُ الْأَجْرَ الْمُسَمَّى وَزِيَادَةً ، لَكُونَ الْمَسَافَةُ لَا تَتَعَيَّنُ عَلَى قَوْلِ أَصْحَابِنَا ، وَقِيَاسُ قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، أَنَّ لَهُ أَجْرَ المِثْلِ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ غَيْرُ مُتَمَيِّزَةٍ ، وَلِأَنَّهُ مُتَعَدُّ بِالْجَمِيعِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ لِرَبِّ الدَّابَّةِ مَنْعَهُ مِنْ سُلُوكِ تِلْكَ الطَّرِيقِ كُلِّهَا ، بِخِلَافِ مَنْ سَلَّكَ تِلْكَ ^(٨) الطَّرِيقَ وَجَاوَزَ ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَمْنَعُهُ الزِّيَادَةُ لَا غَيْرُ . وَإِنْ أَكْثَرَى لِحْمَلِ قُطْنٍ فَحَمَلَ بَوَازَنَهُ حَدِيدًا ، أَوْ لِحْمَلِ حَدِيدٍ فَحَمَلَ قُطْنًا ، فَعَلِيهِ ^(٩) أَجْرُ المِثْلِ هَهُنَا ؛ لِأَنَّ ضَرَرَ أَحَدِهِمَا مُخَالِفٌ لِضَرَرِ الْآخَرِ ^(١٠) ، فَلَمْ يَتَحَقَّقْ كَوْنُ الْمَحْمُولِ مُشْتَمِلًا عَلَى الْمُسْتَحَقِّ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ وَزِيَادَةِ عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَهَا مِنَ الْمَسَائِلِ . وَسَائِرُ مَسَائِلِ الْعُدْوَانِ فِي الْإِجَارَةِ يُقَاسُ عَلَى مَا ذَكَّرْنَا مِنَ الْمَسَائِلِ مَا كَانَ مُتَمَيِّزًا ، / وَمَا لَمْ يَكُنْ مُتَمَيِّزًا فَتُلْحَقُ كُلُّ مَسْأَلَةٍ بِنَظِيرَتِهَا .

١٠٧/٥ و

(٨) سقط من : ب ، م .

(٩) في م : « فالصحيح أن عليه » .

(١٠) في م : « الأرض » .

فصل: إذا أكره الحمل قفيزين ، فحملهما ، فوجدَهُما ثلاثَةً ، فإن كان المُكْتَرَى تَوَلَّى الكَيْلَ ولم يَعْلَمْ المُكْرَى بذلك ، فحكمه حُكْمُ من اكْتَرَى لِحْمُولَةٍ شَيْءٍ فزَادَ عليه ، وإن كان المُكْرَى تَوَلَّى كَيْلَهُ وَتَعَبَّتَهُ ولم يَعْلَمْ المُكْتَرَى بذلك ^(١١) ، فهو غاصِبٌ ، لا أَجْرَ له في حَمْلِ الزَّائِدِ . وإن تَلَفَتْ دَابَّتُهُ ، فلا ضَمَانَ لها ؛ لِأَنَّهَا تَلَفَتْ بِعُدْوَانِ صَاحِبِهَا ، وَحُكْمُهُ في ضَمَانِ الطَّعَامِ ، حُكْمُ من غَصَبَ طَعَامَ غَيْرِهِ . وإن تَوَلَّى ذلك أَجْنَبِيٌّ ، ولم يَعْلَمْ المُكْرَى وَالمُكْتَرَى ، فهو مُتَعَدٌّ عَلَيْهِمَا ، يَلْزَمُهُ لِصَاحِبِ الدَّابَّةِ الْأَجْرُ ، وَيَعْلَقُ بِهِ الضَّمَانُ ، وَيَلْزَمُهُ لِصَاحِبِ الطَّعَامِ ضَمَانُ طَعَامِهِ ، وَسِوَاءُ كَالِهِ أَحَدُهُمَا وَوَضَعَهُ الْآخَرُ عَلَى ظَهْرِ الدَّابَّةِ ، أَوْ كَانَ الَّذِي كَالَهُ وَعَبَّاهُ وَضَعَهُ عَلَى ظَهْرِهَا . وقال أصحابُ الشَّافِعِيِّ ، في أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ : إذا كَالَهُ المُكْتَرَى وَوَضَعَهُ المُكْرَى عَلَى ظَهْرِ الْبَهِيمَةِ ، لا ضَمَانَ عَلَى المُكْتَرَى ؛ لِأَنَّ المُكْرَى مُفَرِّطٌ فِي حَمْلِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ التَّدْلِيْسَ ^(١٢) مِنَ المُكْتَرَى ، إِذَا أَخْبَرَهُ بِكَيْلِهَا عَلَى خِلَافِ مَا هُوَ بِهِ ، فَلَزِمَهُ الضَّمَانُ ، كَمَا لَوْ أَمَرَ أَجْنَبِيًّا بِتَحْمِيلِهَا . فَأَمَّا إِنْ كَالَهَا المُكْتَرَى ، وَرَفَعَهَا المُكْرَى عَلَى الدَّابَّةِ . عَالِمًا بِكَيْلِهَا ، لَمْ يَضْمَنْ المُكْتَرَى دَابَّتَهُ إِذَا تَلَفَتْ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ تَدْلِيْسٍ وَلَا تَغْرِيرٍ . وَهَلْ لَهُ أَجْرُ الْقَفِيزِ الزَّائِدِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا أَجْرَ له ؛ لِأَنَّ المُكْتَرَى لَمْ يَجْعَلْ لَهُ عَلَى ذَلِكَ أَجْرًا . وَالثَّانِي ، لَهُ أَجْرُ الزَّائِدِ ، لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى حَمْلِهِ عَلَى سَبِيلِ الْإِجَارَةِ ، فَجَرَى مَجْرَى الْمُعَاطَاةِ فِي الْبَيْعِ وَدُخُولِهِ ^(١٣) الْحَمَامَ مِنْ غَيْرِ تَقْدِيرِ أَجْرٍ ^(١٤) . وَإِنْ كَالَهُ المُكْرَى ، وَحَمَلَهُ المُكْتَرَى عَلَى الدَّابَّةِ عَالِمًا بِذَلِكَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَأْمُرَهُ بِحَمْلِهِ عَلَيْهَا ، فَعَلِيهِ أَجْرُ الْقَفِيزِ الزَّائِدِ . وَإِنْ أَمَرَهُ بِحَمْلِهِ عَلَيْهَا ، فَفِي وَجُوبِ الْأَجْرِ وَجْهَانِ ، كَمَا لَوْ حَمَلَهُ المُكْرَى عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَمَرَ بِهِ كَانَ ذَلِكَ كِفَعْلِهِ ،

(١١) سقط من : ب ، م .

(١٢) في الأصل ، م زيادة : « ليس » .

(١٣) في الأصل : « ودخول » .

(١٤) في ب ، م : « أجره » .

وإن كآله أخذهُما وحمَلَه أُجْنِبِي بِأَمْرِهِ ، فهو كآلو حمَلَه الذى كآله ، وإن كان بأَمْرِ الآخر ، فهو كآلو حمَلَه الآخر ، وإن حمَلَه بغير أمرِهِما ، فهو كآلو كآله ثم حمَلَه .

٩٠٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكْتَرِيَ مُدَّةٌ ^(١) غَزَايِهِ)

هذا قول أكثر أهل العلم ، منهم الأوزاعي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال مالك : قد عُرِفَ وَجْهُ ذَلِكَ ، وَأَرْجُو أَنْ يَكُونَ حَقِيقًا . ولنا ، أَنَّ هَذِهِ إِجَارَةٌ ، فِي مُدَّةٍ مَجْهُولَةٍ ، وَعَمَلٌ مَجْهُولٌ ، فَلَمْ يَجْزْ ، كَمَا لَوْ اكْتَرَاهَا ^(٢) لِمُدَّةِ سَفَرِهِ فِي تِجَارَتِهِ ، وَلِأَنَّ مُدَّةَ الْغَزَاةِ تَطُولُ وَتَقْصُرُ ، وَلَا حَدَّ لَهَا / تُعْرَفُ بِهِ ، وَالْعَمَلُ فِيهَا يَظَلُّ وَيَكْثُرُ ، وَنِهَايَةُ سَفَرِهِمْ تَقْرُبُ وَتَبْعُدُ ، فَلَمْ يَجْزِ التَّقْدِيرُ بِهَا ، كَغَيْرِهَا مِنْ الْأَسْفَارِ الْمَجْهُولَةِ . فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ ، فَلَهُ أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ عَلَى عَوَضٍ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ ، لِفَسَادِ الْعَقْدِ ، فَوَجَبَ أَجْرُ الْمِثْلِ ، كَسَائِرِ الْإِجَارَاتِ الْفَاسِدَةِ .

٩٠٦ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ سَمِيَ لِكُلِّ يَوْمٍ شَيْئًا مَعْلُومًا ، فَجَائِزٌ)

وجملته أَنَّ مَنْ اكْتَرَى فَرَسًا مُدَّةَ غَزْوِهِ ، كُلَّ يَوْمٍ يَدْرَهُمْ ، فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ صِحَّتُهُ . وقال الشافعي : هذا فاسدٌ ؛ لِأَنَّ مُدَّةَ الْإِجَارَةِ مَجْهُولَةٌ . ولنا ، أَنَّ عَلَيْنَا ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَجَرَ نَفْسِهِ كُلِّ ذَلِوٍ بِتَمَرَةٍ ^(١) ، وَكَذَلِكَ الْأَنْصَارِيُّ ^(٢) ، وَلَمْ يُنْكَرْهُ النَّبِيُّ ﷺ ، وَلِأَنَّ كُلَّ يَوْمٍ مَعْلُومٌ مُدَّتُهُ وَأَجْرُهُ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَجْرُ ثَنَكْهَا شَهْرًا ، كُلَّ يَوْمٍ يَدْرَهُمْ . أَوْ قَالَ : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَنْقِلَ هَذِهِ الصَّبْرَةَ ، كُلَّ قَفِيزٍ يَدْرَهُمْ . وَلَا بُدَّ مِنْ تَعْيِينِ مَا يَسْتَأْجَرُ لَهُ ، إِمَّا لِرُكُوبٍ ، أَوْ حَمَلٍ مَعْلُومٍ . وَيَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ الْمُسَمًّى لِكُلِّ يَوْمٍ ، سِوَاءَ كَانَتْ مُقِيمَةً أَوْ سَائِرَةً ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ ذَهَبَتْ فِي مُدَّتِهِ ^(٣) ، فَأَشْبَهَ

(١) في الأصل : « لمدة » .

(٢) في ب ، م : « أكرها » .

(١) تقدم تخريجه في : ٢٠٨/٦ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢١ .

(٣) في الأصل : « مدة » .

مالوا أَكْثَرَى دَارًا ، فَأَغْلَقَهَا وَلَمْ يَسْكُنْهَا . وَإِنْ أَجَرَ نَفْسَهُ لِسَقْيِ نَحْلٍ ، كُلُّ دَلْوٍ بَتْمَرَةٍ ،
أَوْ بَيْلَسٍ ، أَوْ أَجَرَ مَعْلُومٍ ، جَازَ ؛ لِلاَثَرِ الْوَارِدِ فِيهِ . وَلِأَنَّ كُلَّ عَمَلٍ مَعْلُومٍ لَهُ عِوَضٌ
مَعْلُومٌ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ سَمِيَ دِلَاءً مَعْرُوفَةً . وَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ الدَّلْوِ وَالْبَيْرِ وَمَا يَسْتَقِي^(٤)
بِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ يَخْتَلِفُ بِهِ .

فصل : وَثَقَلَ أَبُو الْحَارِثِ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً ، فِي عَشْرَةِ أَيَّامٍ ،
بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ ، فَإِنْ حَبَسَهَا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ، فَلَهُ بِكُلِّ يَوْمٍ دِرْهَمٌ ، فَهُوَ جَائِزٌ . وَثَقَلَ
ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْهُ ، فِي مَنْ أَكْثَرَى دَابَّةً مِنْ مَكَّةَ إِلَى جَدَّةَ بِكَذَا ، فَإِنْ ذَهَبَ إِلَى عَرَافَاتِ
بِكَذَا ، فَلَا بَأْسَ . وَثَقَلَ عَبْدُ اللَّهِ عَنْهُ ، لَوْ قَالَ : أَكْرَيْتُكَهَا^(٥) بِعَشْرَةٍ . فَمَا حَبَسَهَا
فَعَلَيْهِ كُلُّ^(٦) يَوْمٍ عَشْرَةٌ . وَهَذِهِ الرُّوَايَاتُ تُدُلُّ عَلَى أَنَّ مَذْهَبَهُ أَنَّهُ مَتَى قَدَّرَ لِكُلِّ عَمَلٍ
مَعْلُومٍ أَجْرًا مَعْلُومًا ، صَحَّ . وَتَأَوَّلَ^(٧) الْقَاضِي هَذَا كُلَّهُ ، عَلَى أَنَّهُ يَصِحُّ فِي الْأَوَّلِ
وَيَفْسُدُ فِي الثَّانِي ؛ لِأَنَّ مُدَّتَهُ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ الْعَقْدُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : اسْتَأْجَرْتُكَ
لِتَحْمِلَ لِي هَذِهِ الصَّبْرَةَ ، وَهِيَ عَشْرَةُ أَقْفِزَةٍ ، بِدِرْهَمٍ ، وَمَا زَادَ فِي حُسْبَانِ^(٨) ذَلِكَ .
وَالظَّاهِرُ خِلَافُ هَذَا ؛ فَإِنَّ قَوْلَهُ : فَهُوَ جَائِزٌ . عَادَ إِلَى جَمِيعِ مَا ذَكَرَ قَبْلَهُ ، وَكَذَلِكَ
قَوْلُهُ : لَا بَأْسَ . وَلِأَنَّ لِكُلِّ عَمَلٍ عِوَضًا مَعْلُومًا ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ اسْتَقَى لَهُ كُلُّ دَلْوٍ
بَتْمَرَةٍ ، وَقَدْ ثَبَتَ الْأَصْلُ بِالْخَبَرِ الْوَارِدِ فِيهِ ، وَمَسْأَلَةُ الصَّبْرِ لَا نَصَّ فِيهَا عَنِ الْإِمَامِ ،
وَقِيَاسٌ نُصُوصِيهِ صِحَّةُ الْإِجَارَةِ ، وَإِنْ^(٩) سَلَّمَ فَسَادُهَا ، فَلِأَنَّ الْقُفْرَانَ الَّتِي شَرَطَ
حَمْلَهَا غَيْرُ مَعْلُومَةٍ / بَتَعْيِينٍ وَلَا صِفَةٍ ، وَهِيَ مُخْتَلِفَةٌ ، فَلَمْ يَصِحَّ الْعَقْدُ لِجَهَالَتِهَا ،
بِخِلَافِ الْأَيَّامِ ، فَإِنَّهَا مَعْلُومَةٌ .

(٤) فِي ب ، م : « يَسْتَقِي » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « أَكْرَيْتَهَا » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « فِي كُلِّ » .

(٧) فِي ب ، م : « وَيَتَأَوَّلُ » .

(٨) فِي ب ، م : « فِي حُسْبَانِ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « وَلِإِنْ » .

فصل : وإن قال : إن خِطَّتْ هذا الثَّوبَ اليومَ فلكِ دِرْهَمٌ ، وإن خِطَّتْ غَدًا فلكِ نِصْفَ دِرْهَمٍ . فعن أحمدَ فيه رَوَايتَانِ ؛ إحداهُما ، لا يَصِحُّ ، وله أَجْرُ المِثْلِ . نَقَلَهَا أبو الحَارِثِ ، عن أحمدَ . وهذا مذهبُ مالِكٍ ، والثَّوْرِيِّ ، والشَّافِعِيِّ ، وإسْحَاقَ ، وأبِي ثَوْرٍ ؛ لأنَّهُ عَقْدٌ وَاحِدٌ ، اِخْتَلَفَ فِيهِ الْعَوَضُ بِالتَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ ، فلم يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : بِعْتُكَ نَقْدًا بِدِرْهَمٍ أَوْ بِدِرْهَمَيْنِ نَسِيئَةً . والثَّانِيَةُ ، يَصِحُّ . وهو قولُ الحَارِثِ العُكْلِيِّ ، وأبِي يَوْسُفَ ، ومُحَمَّدٍ ؛ لأنَّهُ سَمَّى لِكُلِّ عَمَلٍ عَوَضًا مَعْلُومًا ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : كَلَّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ . وقال أبو حَنِيفَةَ : إن خَاطَهُ اليَوْمَ فَلَهُ دِرْهَمٌ ، وإن خَاطَهُ غَدًا لا يُزَادُ عَلَى (١٠) دِرْهَمٍ ، ولا يَنْقُصُ عَنْ نِصْفِ دِرْهَمٍ ؛ لِأَنَّ الْمُؤَجَّرَ قَدْ جَعَلَ لَهُ نِصْفَ دِرْهَمٍ ، فلا يَنْقُصُ مِنْهُ ، وهو قَدَرُ ضَيِّ فِي أَكْثَرِ الْعَمَلَيْنِ بِدِرْهَمٍ ، فلا يُزَادُ عَنْهُ . وهذا لا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ صَحَّ الْعَقْدُ فَلَهُ الْمُسَمَّى ، وَإِنْ فَسَدَ فَوُجُودُهُ كَالْعَدَمِ ، وَيَجِبُ أَجْرُ المِثْلِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ .

فصل : وإن قال : إن خِطَّتْ رُومِيًّا فلكِ دِرْهَمٌ ، وإن خِطَّتْ فَارِسِيًّا فلكِ نِصْفَ دِرْهَمٍ . ففيهَا وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى الَّتِي قَبْلَهَا . وَالْخِلَافُ فِيهَا كَالَّتِي قَبْلَهَا ؛ (١١) إِلَّا أَنَّ (١٢) أَبَا حَنِيفَةَ وَافَقَ صَاحِبِيهِ (١٣) فِي الصَّحَّةِ هُنَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ لَمْ يَتَّعَيْنَ فِيهِ الْعَوَضُ وَلَا الْمُعَوَّضُ ، فلم يَصِحَّ . كَمَا لَوْ قَالَ : بِعْتُكَ هَذَا بِدِرْهَمٍ ، أَوْ هَذَا بِدِرْهَمَيْنِ . وَفَارَقَ هَذَا كُلَّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ ، مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْعَمَلَ الثَّانِيَّ يَنْضَمُّ إِلَى الْعَمَلِ الْأَوَّلِ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَوَضٌ مُقَدَّرٌ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : بِعْتُكَ هَذِهِ الصَّبْرَةَ ، كُلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ . وَهَهُنَا الْخِيَاطَةُ وَاحِدَةٌ ، شَرَطَ فِيهَا عَوَضًا إِنْ وَجِدَتْ عَلَى صِفَةٍ ، وَعَوَضًا آخَرَ إِنْ وَجِدَتْ عَلَى أُخْرَى ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ بَاعَهُ بِعَشْرَةِ صِحَاحٍ ، أَوْ (١٣) أَحَدَ عَشَرَ (١٤) مُكَسَّرَةً . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ وَقَفَ الْإِجَارَةُ عَلَى شَرْطٍ ، بِقَوْلِهِ : إِنْ خِطَّتْ كَذَا فلكِ

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « عَنْ » .

(١١ - ١٢) فِي ب ، م : « لِأَنَّ » .

(١٢) فِي ب ، م : « صَاحِبِهِ » .

(١٣ - ١٤) فِي ب ، م : « إِحْدَى عَشْرَةَ » .

كذا ، وإن خَطَّته كذا فلك كذا . بخلاف قوله : كلَّ ذُلٍّ بِتَمَرَةٍ .

فصل : ونَقَلَ مُهَنَّأ ، عن أحمد في مَنْ اسْتَأْجَرَ مِنْ حَمَالٍ إِلَى مِصْرَ ^(١٤) بِأَرْبَعِينَ دِينَارًا ، فَإِنْ نَزَلَ دِمَشْقُ فِكْرَاؤُهُ ثَلَاثُونَ ، فَإِنْ نَزَلَ الرَّقَّةُ فِكْرَاؤُهُ عِشْرُونَ . فقال : إذا اكْتَرَى إِلَى الرَّقَّةِ بَعِشْرِينَ ، وَاكْتَرَى إِلَى دِمَشْقَ بَعِشْرَةٍ ، وَاكْتَرَى إِلَى مِصْرَ بَعِشْرَةٍ ، جَازَ ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْحَمَالِ أَنْ يَرْجِعَ . فظاهرُ / هذا ، أَنَّهُ لَمْ يَحْكَمْ بِصِحَّةِ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ ؛ ١٠٨/٥ ظ
لأنَّهُ فِي مَعْنَى بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ ، لِكُونِهِ خَيْرَهُ بَيْنَ ثَلَاثَةِ عُقُودٍ . وَيُخَرَّجُ فِيهِ أَنْ يَصِحَّ ، بِنَاءً عَلَى الْمَسْأَلَتَيْنِ قَبْلَ هَذَا . وَنَقَلَ الْبِرَزَاطِيُّ ^(١٥) ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا يَحْمِلُ لَهُ كِتَابًا إِلَى الْكُوفَةِ ، وَقَالَ : إِنْ أَوْصَلْتَ ^(١٦) الْكِتَابَ يَوْمَ كَذَا وَكَذَا فَلَكَ عِشْرُونَ ، وَإِنْ تَأَخَّرْتَ بَعْدَ ذَلِكَ يَوْمٍ فَلَكَ عَشْرَةٌ . فَلَا جَارَةَ فَاسِدَةً ، وَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ . وَهَذَا مِثْلُ الَّذِي قَبْلَهُ . وَنَقَلَ عَبْدُ اللَّهِ ، فِي مَنْ اكْتَرَى ذَابَّةً ، وَقَالَ : إِنْ رَدَدْتُهَا غَدًا فِكْرَاؤُهَا عَشْرَةٌ ، وَإِنْ رَدَدْتُهَا الْيَوْمَ فِكْرَاؤُهَا خَمْسَةٌ . فَلَا بَأْسَ . وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ تُدَلُّ عَلَى صِحَّةِ الْإِجَارَةِ ، وَالظَّاهِرُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ ، فِيمَا ذَكَرْنَا ، فَسَادُ الْعَقْدِ ، وَهُوَ قِيَاسُ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : فِي مَسَائِلِ الصَّبْرِ ، وَفِيهَا عَشْرُ مَسَائِلَ ، أَحَدُهَا ، قَالَ : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَحْمِلَ لِي هَذِهِ الصَّبْرَةَ إِلَى مِصْرَ بَعِشْرَةٍ . فَلَا جَارَةَ صَحِيحَةً ، بَغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّ الصَّبْرَةَ مَعْلُومَةٌ بِالشَّاهِدَةِ الَّتِي يَجُوزُ بَيْعُهَا بِهَا ، فَجَازَ الْاسْتِئْجَارُ عَلَيْهَا ، كَمَا لَوْ عَلِمَ كَيْلُهَا ^(١٧) . الثَّانِيَةُ ، قَالَ : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَحْمِلَهَا لِي ^(١٨) كُلَّ قَفِيزٍ بِذَرِّهِمْ . فَيَصِحُّ أَيْضًا . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَصِحُّ فِي قَفِيزٍ ، وَيُطْلَلُ فِيمَا زَادَ . وَمَبْنَى

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « دِيَارِ مِصْرَ » .

(١٥) نِسْبَةٌ إِلَى بِرْزَاطٍ ، قَالَ السَّمْعَانِيُّ : وَطَنِي أَنَّهُمَا مِنْ قَرْيَةِ بَغْدَادَ . وَلَعَلَّهُ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ الْبِرْزَاطِيُّ ، مِنْ أَهْلِ بَغْدَادَ .
انظر الأنساب ١٤٦/٢ .

(١٦) فِي ب ، م : « وَصَلْتَ » .

(١٧) فِي الْأَصْلِ : « حَمَلَهَا » .

(١٨) سَقَطَ مِنْ : ب .

الخِلَافِ عَلَى الْخِلَافِ فِي بَيْعِهَا ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ . الثَّالِثَةُ ، قَالَ : لَتَحْمِلَهَا لِي قَفِيرًا^(١٩) بَدْرَهُمْ ، وَمَا زَادَ فِي حِسَابِ ذَلِكَ . فَيَجُوزُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : كُلُّ قَفِيرٍ بَدْرَهُمْ . وَكَذَلِكَ كُلُّ لَفْظٍ يَدُلُّ عَلَى إِرَادَةِ حَمْلِ جَمِيعِهَا ، كَقَوْلِهِ : لَتَحْمِلَ مِنْهَا قَفِيرًا بَدْرَهُمْ ، وَسَائِرُهَا أَوْ بَاقِيهَا بِحِسَابِ ذَلِكَ . أَوْ قَالَ : وَمَا زَادَ بِحِسَابِ ذَلِكَ . يُرِيدُ بِهِ بَاقِيَهَا كُلَّهُ ، إِذَا فُهِمَ ذَلِكَ مِنَ اللَّفْظِ ، لِذَلِكَ عِنْدَهُمَا عَلَيْهِ ، أَوْ لِقَرِينَةٍ صُرِفَتْ إِلَيْهِ . الرَّابِعَةُ ، قَالَ : لَتَحْمِلَ مِنْهَا قَفِيرًا بَدْرَهُمْ ، وَمَا زَادَ فِي حِسَابِ ذَلِكَ . يُرِيدُ مَهْمَا حَمَلْتَ مِنْ بَاقِيهَا . فَلَا يَصِحُّ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ بَعْضُهَا ، وَهُوَ مَجْهُولٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى كُلِّ ذَلْوٍ بِتَمَرَةٍ . الْخَامِسَةُ ، قَالَ : لَتَنْقُلَ لِي مِنْهَا كُلَّ قَفِيرٍ بَدْرَهُمْ . فَهِيَ كَالرَّابِعَةِ سِوَاءً . السَّادِسَةُ ، قَالَ : لَتَحْمِلَ مِنْهَا قَفِيرًا بَدْرَهُمْ ، عَلَى أَنْ تَحْمِلَ الْبَاقِيَ بِحِسَابِ ذَلِكَ . فَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ لَتَحْمِلَ لِي كُلَّ قَفِيرٍ مِنْهَا^(٢٠) بَدْرَهُمْ . السَّابِعَةُ ، قَالَ : لَتَحْمِلَ لِي هَذِهِ الصَّبْرَةَ ، كُلَّ قَفِيرٍ بَدْرَهُمْ ، وَتَنْقُلَ لِي صَبْرَةً أُخْرَى فِي الْبَيْتِ بِحِسَابِ ذَلِكَ . فَإِنْ كَانَا يَعْلَمَانِ الصَّبْرَةَ الَّتِي فِي الْبَيْتِ بِالْمُشَاهَدَةِ ، صَحَّ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا كَالصَّبْرَةِ الْوَاحِدَةِ ، وَإِنْ جَهِلَهَا أَحَدُهُمَا ، صَحَّ فِي الْأُولَى وَبَطَلَ فِي الثَّانِيَةِ ؛ لِأَنَّهُمَا عَقْدَانِ أَحَدُهُمَا عَلَى مَعْلُومٍ ، وَالثَّانِي عَلَى مَجْهُولٍ ، فَصَحَّ فِي الْمَعْلُومِ ، وَبَطَلَ فِي الْمَجْهُولِ . كَمَا لَوْ قَالَ : بِعْتُكَ عَبْدِي هَذَا بِعَشْرَةٍ ، وَعَبْدِي الَّذِي فِي الْبَيْتِ بِعَشْرَةٍ . الثَّامِنَةُ ، قَالَ : لَتَحْمِلَ لِي هَذِهِ الصَّبْرَةَ وَالتِّي فِي الْبَيْتِ بِعَشْرَةٍ . فَإِنْ كَانَا يَعْلَمَانِ الَّتِي فِي الْبَيْتِ ، صَحَّ فِيهِمَا ، وَإِنْ جَهِلَاهَا ، بَطَلَ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ وَاحِدٌ ، بِعَوْضٍ وَاحِدٍ ، عَلَى مَعْلُومٍ وَمَجْهُولٍ ، بِخِلَافِ الَّتِي قَبْلَهَا . فَإِنْ كَانَا يَعْلَمَانِ الَّتِي فِي الْبَيْتِ ، لَكِنَّهَا مَعْصُوبَةٌ ، أَوْ امْتَنَعَ تَصْحِيحُ الْعَقْدِ فِيهَا لِمَانِعٍ اخْتَصَّ بِهَا ، بَطَلَ الْعَقْدُ فِيهَا . وَفِي صِحَّتِهِ

(١٩) فِي الْأَصْلِ : « كُلُّ قَفِيرٍ » .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢١) في الأخرى (٢) وَجْهَانِ ، بِنَاءٌ عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ ، إِلَّا أَنَّهُمَا إِنْ كَانَتْ قُفْرَانُهُمَا مَعْلُومَةً ، أَوْ قَدَّرُ أَحَدُهُمَا مَعْلُومًا مِنَ الْأُخْرَى ، فَلَاؤُلَى صِحَّتُهُ ؛ لِأَنَّ قِسْطَ الْأَجْرِ فِيهَا مَعْلُومٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، فَلَاؤُلَى يُطْلَأُ ؛ لِجَهَالَةِ الْعَرَضِ فِيهَا .
التاسعة ، قَالَ : لِتَحْمِيلِ لِي هَذِهِ الصَّبْرَةِ ، وَهِيَ عَشْرَةُ أَقْفِزَةٍ ، بِدَرَاهِمٍ ، فَإِنْ زَادَتْ عَلَى ذَلِكَ ، فَالزَّائِدُ بِحِسَابِ ذَلِكَ . صَحَّ فِي الْعَشْرَةِ ؛ لِأَنَّهَا مَعْلُومَةٌ ، وَلَمْ يَصِحَّ فِي الزِّيَادَةِ ؛ لِأَنَّهَا مَشْكُوكٌ فِيهَا ، وَلَا يَجُوزُ الْعَقْدُ عَلَى مَا يُشْكُ فِيهِ . الْعَاثِرَةُ ، قَالَ : لِتَحْمِيلِ لِي (٢٢) هَذِهِ الصَّبْرَةِ ، كُلِّ قَفِيزٍ بِدَرَاهِمٍ ، فَإِنْ قَدِمَ لِي طَعَامٌ فَحَمَلْتُهُ ، فَبِحِسَابِ ذَلِكَ . صَحَّ أَيْضًا فِي الصَّبْرَةِ ، وَفَسَدَ فِي الزِّيَادَةِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

٩٠٧ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَمَنْ أَكْثَرَى إِلَى مَكَّةَ ، فَلَمْ يَرِ الْجَمَالَ الرَّاكِبِينَ ، وَالْمَحَامِلَ ، وَالْأَغْطِيَةَ ، وَالْأَوْطِقَةَ ، لَمْ يَجْزِ الْكِرَاءُ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى إِجَازَةِ كِرَاءِ الْإِبِلِ إِلَى مَكَّةَ وَغَيْرِهَا ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَالْخَيْلَ وَالْبَعَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا ﴾ (١) . وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ الْمَمْلُوكَةِ وَالْمُكْتَرَةِ .
وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ ﴾ (٢) : أَنْ تَحُجَّ وَتُكْرِيَ . وَنَحْوَهُ عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، وَلِأَنَّ النَّاسَ حَاجَةً إِلَى السَّفَرِ ، وَقَدْ قَرَضَ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِمُ الْحَجَّ ، وَأَخْبَرَ أَنَّهُمْ يَأْتُونَ رِجَالًا (٣) وَعَلَى كُلِّ ضَامِرٍ يَأْتِينَ مِنْ كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ . وَلَيْسَ لِكُلِّ أَحَدٍ بِهِيمَةٌ يَمْلِكُهَا ، وَلَا يَقْدِرُ عَلَى مُعَانَاتِهَا ، وَالْقِيَامِ بِهَا ، وَالشَّدِّ عَلَيْهَا ، فَدَعَتِ الْحَاجَةُ إِلَى اسْتِجَارِهَا ، فَجَازَ ، دَفْعًا لِلْحَاجَةِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَمِنْ شَرْطِ صِحَّةِ الْعَقْدِ مَعْرِفَةُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ مَا عَقَدَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ

(٢١) - (٢١) فَب : « فِي الْأُخْرَى » . وَفِي م : « فِي صَحَّةِ الْأُخْرَى » .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١) سُورَةُ النَّحْلِ ٨ .

(٢) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ١٩٨ .

(٣) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « وَرَكْبَانَا » .

مَحْضَةً ، فكان من شَرْطِهِ الْمَعْرِفَةُ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، كَالْبَيْعِ . فَأَمَّا الْجَمَالُ فَيَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الرَّائِيَيْنِ / ، وَالآلَةِ الَّتِي يَرْكَبُونَ فِيهَا ، مِنْ مَحْمِلٍ أَوْ مَحَارَةٍ ^(٤) وَغَيْرِهَا ، وَإِنْ كَانَ مُقْبَلًا ^(٥) ذَكَرَهُ ، وَهَلْ يَكُونُ مُعْطًى أَوْ مَكْشُوفًا ، فَإِنْ كَانَ مُعْطًى احْتِيَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الْغِطَاءِ ، وَيَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الْوِطَاءِ الَّذِي يُوطَأُ بِهِ الْمَحْمِلُ ، وَالْمَعَالِيْقُ الَّتِي مَعَهُ مِنْ قَرِيْبَةٍ وَسَطِيْحَةٍ وَسُفْرَةٍ وَنَحْوِهَا ، وَذَكَرَ سَائِرَ مَا يَحْمِلُ مَعَهُ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، إِلَّا أَنَّ الشَّافِعِيَّ قَالَ : يَجُوزُ إِطْلَاقُ غِطَاءِ الْمَحْمِلِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْتَلِفُ اخْتِلَافًا مُتَبَايِنًا . وَحَكَى عَنْهُ فِي الْمَعَالِيْقِ قَوْلٌ ، أَنَّهُ يَجُوزُ إِطْلَاقُهَا ، وَتَحْمِلُ عَلَى الْعُرْفِ . وَحَكَى عَنْ مَالِكٍ ، أَنَّهُ يَجُوزُ إِطْلَاقُ الرَّائِيَيْنِ ؛ لِأَنَّ أَجْسَامَ النَّاسِ مُتَقَارِبَةٌ فِي الْغَالِبِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا قَالَ : فِي الْمَحْمِلِ رَجُلَانِ ، وَمَا يُصْلِحُهُمَا مِنَ الْوِطَاءِ وَالذُّثْرِ . جَازَ اسْتِحْسَانًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَتَقَارَبُ فِي الْعَادَةِ ، فَحْمِلُ عَلَى الْعَادَةِ ، كَالْمَعَالِيْقِ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي غِطَاءِ الْمَحْمِلِ كَقَوْلِ الشَّافِعِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا يَخْتَلِفُ وَيَتَبَايِنُ كَثِيرًا ، فَاشْتَرَطْتُ مَعْرِفَتَهُ ، كَالطَّعَامِ الَّذِي يَحْمِلُ ^(٦) مَعَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ أَجْسَامُ النَّاسِ مُتَقَارِبَةٌ . لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ مِنْهُمْ الْكَبِيرَ وَالصَّغِيرَ ، وَالطَّوِيلَ وَالْقَصِيرَ ، وَالسَّمِينَ وَالْهَزِيلَ ، وَالذَّكَرَ وَالْأُنْثَى ، وَيَخْتَلِفُونَ بِذَلِكَ ، وَيَتَبَايِنُونَ كَثِيرًا ، وَيَتَفَاوَتُونَ أَيْضًا فِي الْمَعَالِيْقِ ، فَمِنْهُمْ مَنْ يُكْثِرُ الرَّادَّ وَالْحَوَائِجَ ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَقْنَعُ بِالْيَسِيرِ ، وَلَا عُرْفَ لَهُ يُرْجَعُ إِلَيْهِ ، فَاشْتَرَطْتُ مَعْرِفَتَهُ ، كَالْمَحْمِلِ وَالْأَوْطِئَةِ . وَكَذَلِكَ غِطَاءُ الْمَحْمِلِ ، مِنْ النَّاسِ مَنْ يَخْتَارُ الْوَاسِعَ الثَّقِيلَ الَّذِي يَشْتَدُّ عَلَى الْحَمْلِ فِي الْهَوَاءِ ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَقْنَعُ بِالضَّيْقِ ^(٧) الْخَفِيفِ ، فَتَجِبُ مَعْرِفَتُهُ ، كَسَائِرِ مَا ذَكَرْنَا . وَأَمَّا الْمُسْتَأْجَرُ ، فَيَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الدَّابَّةِ الَّتِي يَرْكَبُ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ يَخْتَلِفُ بِذَلِكَ ، وَتَحْصُلُ بِأَحَدٍ أَمْرَيْنِ ؛ إِمَّا بِالرُّؤْيَةِ ، فَيَكْتَفِي بِهَا ؛ لِأَنَّهَا أَعْلَى طَرُقِ الْعِلْمِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَحْتَاجُ

(٤) المحارة : شبه الهودج .

(٥) المقبل : شبه غلالة يجعل فيها الصائد ما يصيد .

(٦) في الأصل : « يحمله » .

(٧) سقط من : الأصل .

إلى مَعْرِفَةِ صِفَةِ الْمُسَمَّى فيه ، كالرّهوال^(٨) وغيره ، فإِذَا أَنْ يُجَرَّبَهُ فَيَعْلَمَ ذَلِكَ بِرُؤْيَيْهِ ، وإِذَا أَنْ يَصِفَهُ ، وإِذَا بِالصِّفَةِ ، فَإِذَا أُجِدَتْ اكْتَفَى بِهَا ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ ضَبْطَهُ بِالصِّفَةِ ، فجازَ الْعَقْدُ عَلَيْهِ ، كَالْبَيْعِ . وَإِذَا اسْتَأْجَرَ بِالصِّفَةِ لِلرُّكُوبِ ، اِحْتِاجٌ إِلَى ذِكْرِ الْجِنْسِ ، فيقول : إِبِلٌ ، أَوْ خَيْلٌ ، أَوْ بَعَالٌ ، أَوْ حَمِيرٌ . وَالتَّوَعُّعُ فيقول : بُخْتِيٌّ ، أَوْ عَرَبِيٌّ . وَفِي الْخَيْلِ : عَرَبِيٌّ أَوْ بَرْدُونٌ . وَفِي الْحَمِيرِ : مِصْرِيٌّ أَوْ شَامِيٌّ . وَإِنْ كَانَ فِي التَّوَعُّعِ مَا يَخْتَلِفُ ، كَالْمُهْمَلَجِ^(٩) مِنَ الْخَيْلِ / ، وَالْقَطُوفِ^(١٠) ، اِحْتِجَاجٌ إِلَى ذِكْرِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الذَّكُورِيَّةِ وَالْأُنْثَوِيَّةِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ يَخْتَلِفُ بِذَلِكَ ، فَإِنَّ الْأُنْثَى أَسْهَلُ وَالذَّكَرُ أَقْوَى . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِيهِ يَسِيرٌ ، وَمَتَى كَانَ الْكِرَاءُ إِلَى مَكَّةَ ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ الْجِنْسِ وَلَا التَّوَعُّعِ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ أَنَّ الَّذِي يُحْمَلُ عَلَيْهِ فِي طَرِيقِ مَكَّةَ إِنَّمَا هُوَ الْجِمَالُ الْعَرَابُ ، دُونَ الْبَحَائِيِّ .

فصل : وَإِذَا كَانَ الْكِرَاءُ إِلَى مَكَّةَ ، أَوْ طَرِيقَ لَا يَكُونُ السَّيْرُ فِيهِ إِلَى اخْتِيَارِ الْمُتَكَارِبَيْنِ ، فَلَا وَجْهَ لِذِكْرِ تَقْدِيرِ السَّيْرِ فِيهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ إِلَيْهِمَا ، وَلَا مَقْدُورٌ عَلَيْهِ لهما . وَإِنْ كَانَ فِي طَرِيقِ السَّيْرِ فِيهِ إِلَيْهِمَا ، اسْتَحَبَّ ذِكْرُ قَدْرِ السَّيْرِ فِي كُلِّ يَوْمٍ . فَإِنْ أَطْلَقَ وَلِلطَّرِيقِ^(١١) مَنَازِلَ مَعْرُوفَةً ، جازَ الْعَقْدُ عَلَيْهِ مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ بِالْعُرْفِ . وَمَتَى اخْتَلَفَا فِي ذَلِكَ ، وَفِي مِيقَاتِ السَّيْرِ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا ، أَوْ فِي مَوْضِعِ الْمَنْزِلِ ، إِمَّا فِي دَاخِلِ الْبَلَدِ ، أَوْ خَارِجٍ مِنْهُ ، حُمِلَا عَلَى الْعُرْفِ ، كَمَا لَوْ أَطْلَقَا الثَّمَنَ فِي بَلَدٍ فِيهِ نَقْدٌ مَعْرُوفٌ . وَإِنْ

(٨) الرّهوال ، بالكردية : البردون إذا كان لين الظهر في السير . الألفاظ الفارسية المعربة ، لأدى شير ٧٤ .

(٩) المهملج : ما ذلل وسلس قياده من الدواب .

(١٠) القطوف : التي تسمى السير وتبطن .

(١١) في الأصل : « والطريق » .

لم يَكُنْ لِلطَّرِيقِ عُرْفٌ ، وَأُطْلِقَ الْعَقْدُ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَصِحُّ ، كَمَا لَوْ أُطْلِقَ التَّمَنُّ فِي بَلَدٍ لَا عُرْفَ فِيهِ . وَالْأَوَّلَى أَنَّ هَذَا لَيْسَ بِشَرْطٍ ؛ لِأَنَّهُ / لَوْ كَانَ شَرْطًا لَمَا صَحَّ الْعَقْدُ بِدُونِهِ فِي الطَّرِيقِ الْمَخُوفِ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِتَقْدِيرِ السَّيْرِ فِي طَرِيقٍ ، وَمَتَى اخْتَلَفَا ، رُجِعَ إِلَى الْعُرْفِ فِي غَيْرِ تِلْكَ الطَّرِيقِ .

١١٠/٥ ط

فصل : وَإِنْ اشْتَرَطَ حَمْلَ زَادٍ مُقَدَّرٍ ، كَأَنَّهُ رَطْلٌ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ شَرَطَ أَنَّهُ يُبَدَّلُ مِنْهُمَا مَا نَقَصَ بِالْأَكْلِ أَوْ غَيْرِهِ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَإِنْ شَرَطَ أَنَّ مَا نَقَصَ بِالْأَكْلِ لَا يُبَدَّلُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ إِبْدَالُهُ . فَإِنْ ذَهَبَ بِغَيْرِ الْأَكْلِ ، كَسَرَقَةٍ أَوْ سُقُوطٍ ، فَلَهُ إِبْدَالُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَمْ يَدْخُلْ فِي شَرْطِهِ . وَإِنْ أُطْلِقَ الْعَقْدُ ، فَلَهُ إِبْدَالُ مَا ذَهَبَ بِسَرَقَةٍ أَوْ سُقُوطٍ أَوْ أَكَلَ غَيْرِ مُعْتَادٍ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ . وَإِنْ نَقَصَ بِالْأَكْلِ الْمُعْتَادِ ، فَلَهُ إِبْدَالُهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ حَمْلَ مُقَدَّرٍ مَعْلُومٍ ، فَمَلَكَ إِبْدَالَ مَا نَقَصَ مِنْهُ ، كَمَا لَوْ نَقَصَ بِسَرَقَةٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِبْدَالَهُ ؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ جَارٍ بِأَنَّ الزَّادَ يَنْقُصُ ، فَلَا يُبَدَّلُ ، فَحَمْلُ الْعَقْدِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ عَلَى الْعُرْفِ ، وَصَارَ كَالْمُصَرَّحِ بِهِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : الْقِيَاسُ أَنَّ لَهُ إِبْدَالَهُ . وَلَوْ قِيلَ : لَيْسَ لَهُ إِبْدَالُهُ . كَانَ مَذْهَبًا ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ أَنَّ الزَّادَ لَا يَبْقَى جَمِيعَ الْمَسَافَةِ ، وَلِذَلِكَ يَقُلُّ أَجْرُهُ عَنْ أَجْرِ الْمَتَاعِ .

فصل : وَإِذَا اكْتَرَى جَمَلًا لِيَحْجَّ عَلَيْهِ ، فَلَهُ الرُّكُوبُ عَلَيْهِ إِلَى مَكَّةَ ، وَمِنْ مَكَّةَ إِلَى عَرَفَةَ ، وَالخُرُوجُ عَلَيْهِ إِلَى مِنًى ؛ لِأَنَّهُ مِنْ تَمَامِ الْحَجِّ . وَقِيلَ : لَيْسَ لَهُ الرُّكُوبُ / إِلَى مِنًى ؛ لِأَنَّهُ بَعْدَ التَّحَلُّلِ مِنَ الْحَجِّ . وَالْأَوَّلَى أَنَّ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ تَمَامِ الْحَجِّ وَتَوَابِعِهِ ، وَلِذَلِكَ وَجَبَ عَلَى مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ دُونَ غَيْرِهِ ، فَدَخَلَ فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ (١٢) . وَمِنْ اكْتَرَى إِلَى مَكَّةَ فَقَطْ ، فَلَيْسَ لَهُ الرُّكُوبُ إِلَى الْحَجِّ ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْكِرَاءَ إِلَى مَكَّةَ عِبَارَةٌ عَنِ الْكِرَاءِ لِلْحَجِّ ، لِكُونِهَا لَا يَكْتَرَى إِلَيْهَا إِلَّا لِلْحَجِّ غَالِبًا ، فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الْمُكْتَرَى لِلْحَجِّ .

١١١/٥ و

فصل : فيما يلزم المَكْرَى والمُكْتَرَى للرُّكُوب ، يلزم المَكْرَى كُلُّ مَا جَرَتْ الْعَادَةُ أَنْ يُوطَأَ بِهِ الْمَرْكُوبُ لِلرَّائِبِ ، مِنَ الْحَدَاجَةِ^(١٣) لِلْجَمَلِ ، وَالْقَتَبِ ، وَالزَّامِ الَّذِي يُقَادُّ بِهِ الْبَعِيرُ ، وَالْبَرَّةُ الَّتِي فِي أَنْفِ الْبَعِيرِ ، إِنْ كَانَتْ الْعَادَةُ جَارِيَةً بَيْنَهُمَا . وَإِنْ كَانَ فَرَسًا ، فَاللَّجَامُ وَالسَّرَجُ . وَإِنْ كَانَ بَقْلًا أَوْ حِمَارًا فَالْبَرْدَعَةُ وَالْإِكَاْفُ ؛ لِأَنَّ هَذَا هُوَ الْعُرْفُ ، فَحِمْلُ الْإِطْلَاقِ عَلَيْهِ . وَعَلَى الْمُكْتَرَى مَا يَزِيدُ عَلَى ذَلِكَ ، كَالْمَحْمِلِ ، وَالْمَحَارَةِ ، وَالْحَبْلِ الَّذِي يُشَدُّ بِهِ بَيْنَ الْمَحْمِلَيْنِ أَوْ الْمَحَارَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ مَصْلَحَةِ الْمَحْمِلِ ، وَالْوِطَاءِ الَّذِي يُشَدُّ فَوْقَ الْحَدَاجَةِ تَحْتَ الْمَحْمِلِ^(١٤) . وَعَلَى الْمُكْرَى رَفْعُ الْمَحْمِلِ^(١٥) ، وَحَطُّهُ ، وَشُدُّهُ^(١٥) عَلَى الْجَمَلِ ، وَرَفْعُ الْأَحْمَالِ وَشُدُّهَا وَحَطُّهَا ؛ لِأَنَّ هَذَا هُوَ الْعُرْفُ ، وَبِهِ يَتِمَكَّنُ مِنَ الرُّكُوبِ ./ وَيَلْزَمُهُ الْقَائِدُ وَالسَّائِقُ ، هَذَا إِذَا كَانَ الْكِرَاءُ عَلَى أَنْ يَذْهَبَ مَعَ الْمُكْتَرَى ، وَإِنْ كَانَ عَلَى أَنْ يَتَسَلَّمَ الرَّائِبُ الْبَهِيمَةَ يَرْكُبُهَا لِنَفْسِهِ ، فَكُلُّ ذَلِكَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الَّذِي عَلَى الْمُكْرَى تَسْلِيمُ الْبَهِيمَةِ ، وَقَدْ سَلَّمَهَا إِلَيْهِ^(١٦) . فَأَمَّا الدَّلِيلُ فَهُوَ عَلَى الْمُكْتَرَى ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ خَارِجٌ عَنِ الْبَهِيمَةِ الْمُكْتَرَاةِ وَآلَتِهَا ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ ، كَالْتَرَادِ . وَقِيلَ : إِنْ كَانَ اكْتَرَى مِنْهُ بَهِيمَةً بِعَيْنِهَا ، فَأُجْرَةُ الدَّلِيلِ عَلَى الْمُكْتَرَى ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي عَلَيْهِ أَنْ يُسَلَّمَ الظَّهَرُ ، وَقَدْ سَلَّمَهُ ، وَإِنْ كَانَتْ عَلَى حِمْلِهِ إِلَى مَكَانٍ مُعَيَّنٍ فِي الدِّمَةِ ، فَهُوَ عَلَى الْمُكْرَى ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مُؤَنَةِ إِبْصَالِهِ إِلَيْهِ ، وَتَحْصِيلِهِ فِيهِ .

فصل : وإذا كان الرَّائِبُ^(١٧) مِمَّنْ لَا يَقْدِرُ عَلَى الرُّكُوبِ وَالْبَعِيرُ قَائِمٌ ، كَالْمَرْأَةِ وَالشَّيْخِ وَالضَّعِيفِ وَالسَّمِينِ وَشَبَابِهِمْ ، فَعَلَى الْجَمَالِ أَنْ يُبْرِكَ الْجَمَلَ لِرُّكُوبِهِ وَنُزُولِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتِمَكَّنُ مِنَ الرُّكُوبِ وَالنُّزُولِ إِلَّا بِهِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يُمَكِّنُهُ الرُّكُوبُ وَالنُّزُولُ وَالْبَعِيرُ قَائِمٌ ، لَمْ يَلْزَمْ الْجَمَالُ أَنْ يُبْرِكَ^(١٨) لَهُ الْجَمَلَ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ اسْتِيفَاءَ

(١٣) الحداجة : مركب للنساء ، كالحففة .

(١٤) في ب ، م : « الحمل » .

(١٥ - ١٥) سقط من : م .

(١٦) سقط من : ب ، م .

(١٧) سقط من : ب .

(١٨) سقط من : الأصل ، ب .

المَعْقُودِ عَلَيْهِ بِذَوْنِ هَذِهِ الْكُلْفَةِ . وَإِنْ كَانَ قَوِيًّا حَالَ الْعَقْدِ ، فَضَعُفَ فِي أَثْنَائِهِ ، أَوْ ضَعِيفًا فَقَوِيَ ، فَلَا غَيْبَارَ بِحَالِ الرُّكُوبِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ اقْتَضَى رُكُوبَهُ بِحَسَبِ الْعَادَةِ . وَيَلْزَمُ الْجَمَالَ أَنْ يَقِفَ الْبَعِيرَ لِيَنْزِلَ لِصَلَاةِ الْفَرِيضَةِ ، وَقَضَاءِ حَاجَةِ الْإِنْسَانِ ، وَطَهَارَتِهِ ، وَيَدْعَ الْبَعِيرَ وَاقِفًا حَتَّى يَفْعَلَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ فِعْلُ شَيْءٍ مِنْ هَذَا عَلَى ظَهْرِ الْبَعِيرِ ، وَمَا أُمَكَّنَهُ فِعْلُهُ عَلَيْهِ مِنَ الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ وَصَلَاةِ النَّافِلَةِ مِنَ السُّنَنِ وَغَيْرِهَا ، لَمْ يَلْزَمْهُ أَنْ يُبْرِكَ لَهُ ، وَلَا / يَقِفَ عَلَيْهِ مِنْ أَجْلِهِ . وَإِنْ أَرَادَ الْمُكْتَرَى إِثْمَامَ الصَّلَاةِ ، وَطَالَبَهُ الْجَمَالَ بِقَصْرِهَا ، لَمْ يَلْزَمْهُ ذَلِكَ ؛ بَلْ تَكُونُ خَفِيفَةً فِي تَمَامِ . وَمِنْ أَكْثَرَى بَعِيرًا لِإِنْسَانٍ يَرْكَبُهُ لِنَفْسِهِ ، وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ سِوَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ وَفَى لَهُ بِمَا عَقَدَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ سِوَاهُ .

فصل : وَإِذَا أَكْثَرَى ظَهْرًا فِي طَرِيقِ الْعَادَةِ فِيهِ التَّزَوُّلُ وَالْمَشْيُ عِنْدَ اقْتِرَابِ الْمَنْزِلِ ، وَالْمُكْتَرَى امْرَأَةً أَوْ ضَعِيفًا ، لَمْ يَلْزَمْهُ التَّزَوُّلُ ؛ لِأَنَّهُ أَكْثَرَاهُ جَمِيعَ الطَّرِيقِ ، وَلَمْ تَجْرِ لَهُ عَادَةُ بِالْمَشْيِ ، فَلَزِمَ حَمْلُهُ فِي جَمِيعِ الطَّرِيقِ ، كَالْمَتَاعِ . ^(١٩) وَإِنْ كَانَ جَلْدًا قَوِيًّا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَلْزَمْهُ التَّزَوُّلُ ^(٢٠) أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ عَلَى ^(٢١) جَمِيعِ الطَّرِيقِ ^(٢٢) ، فَلَا يَلْزَمْهُ تَرْكُهُ فِي بَعْضِهَا كَالضَّعِيفِ . وَالثَّانِي ، يَلْزَمْهُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَارَفٌ ، وَالْمُتَعَارَفُ كَالْمَشْرُوطِ .

فصل : وَإِنْ هَرَبَ الْجَمَالَ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ ، أَوْ قَبْلَ الدُّخُولِ فِيهَا ، لَمْ يَخُلْ مِنْ حَالَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَهْرَبَ بِجَمَالِهِ ، فَيَنْظُرَ ؛ فَإِنْ لَمْ يَجِدِ الْمُسْتَأْجِرَ حَاكِمًا ، أَوْ وَجَدَ حَاكِمًا وَلَمْ يُمَكِّنْ إِثْبَاتَ الْحَالِ عِنْدَهُ ، أَوْ أُمَكَّنَ الْإِثْبَاتَ عِنْدَهُ وَلَا يَحْصُلُ لَهُ مَا يَكْتَرَى بِهِ مَا يَسْتَوْفِي حَقَّهُ مِنْهُ ، فَلِلْمُسْتَأْجِرِ فَسْخُ الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ قَبْضُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ أَفْلَسَ الْمُشْتَرَى ، أَوْ انْقَطَعَ الْمُسْلَمُ فِيهِ عِنْدَ مَحَلِّهِ . فَإِنْ فَسَخَ الْعَقْدَ ، وَكَانَ الْجَمَالَ قَدْ قَبِضَ الْأَجْرَ ، كَانَ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ ، وَإِنْ اخْتَارَ الْمَقَامَ عَلَى

(١٩ - ١٩) سقط من : ب .

العقد ، وكانت الإجارة على عمل في الذمة ، فله ذلك ، ومتى قدر على الجمال طالبه به ، / وإن كان العقد على مدة انقضت في هربه ، انفسخ العقد بذلك . وإن أمكنه إثبات ١١٢/٥ ط الحال عند الحاكم ، وكان العقد على موصوف غير معين ، لم ينفسخ العقد ، ويرفع الأمر إلى الحاكم ، ويثبت عنده حاله ، فينظر الحاكم ، فإن وجد للجمال مالا أكثرى به له (٢٠) ، وإن لم يجد له مالا ، وأمكنه أن يقترض على الجمال من بيت المال ، أو من غيره ما يكثرى له به ، فعل ، فإن دفع الحاكم المال إلى المكتري ليكثرى لنفسه به ، جاز (٢١) في ظاهر كلام أحمد . وإن اقترض عليه من المكتري ما يكرى (٢٢) به ، جاز (٢٣) ، وصار ديناً في ذمة الجمال . وإن كان العقد على معين ، لم يجز إبداله ، ولا اكتراء غيره ؛ لأن العقد تعلق بعينه ، فيتخير المكتري بين الفسخ أو البقاء إلى أن يقدر عليه ، فيطالبه بالعمل . الحال الثاني ، إذا هرب الجمال ، وترك جماله ، فإن المكتري يرفع الأمر إلى الحاكم ، فإن وجد للجمال مالا ، استأجر به من يقوم مقام الجمال في الإنفاق على الجمال ، والشد عليها ، وحفظها وفعل ما يلزم الجمال فعله ، فإن لم يجد له غير الجمال ، وكان فيها فضلة عن الكراء ، باع بقدر ذلك ، وإن لم يكن فيها فضل ، أو لم يمكن بيعه ، اقترض عليه الحاكم ، كما قلنا . وإن أدان من المكتري وأنفق ، جاز . وإن أذن للمكتري في الإنفاق من ماله بالمعروف ، ليكون ديناً على الجمال ، جاز ؛ لأنه في (٢٣) موضع حاجة . وإذا رجع الجمال ، واختلفا فيما أنفق ، نظرنا ؛ فإن كان الحاكم قدّر له ما ينفق ، قبل قوله في قدر (٢٠) ذلك ، وما زاد لا يحتسب له (٢٤) به ، وإن لم يقدّر له ، قبل قوله في قدر النفقة بالمعروف ؛ لأنه / أمين ، ١١٣/٥ و

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١) - (٢١) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢٢) في الأصل : « يكثرى » .

(٢٣) سقط من : الأصل ، م .

(٢٤) سقط من : م .

وما زاد لا يرجع به ؛ لأنه متطوع به . وإذا وصل المُكْتَرَى ، رَفَعَ الأمر إلى الحاكم ، ففعل ما يرى الحظ فيه ، من بيع الجمال ، فيوفى عن الجمال ما لزمه من الدين للمُكْتَرَى أو لغيره ، ويحفظ باقى الثمن له . وإن رأى بيع بعضها ، وحفظ باقىها ، والإنفاق على الباقي من ثمن ما باع ، جاز . وإن لم يجد حاكماً ، أو عجز عن استئذنه ، فله أن ينفق عليها ، ويقيم مقام الجمال فيما يلزمه ، فإن فعل ذلك مُتَبَرِّعاً به ^(٢٥) ، لم يرجع بشيء . وإن توى الرجوع ، وأشهد على ذلك ، رجع به ؛ لأنه حال ضرورة . وهذا أحد الوجهين للشافعي . وإن لم يشهد ، وتوى الرجوع ، ففى الرجوع وجهان ؛ أحدهما ، يرجع به ؛ لأن ترك الجمال مع العلم بأنها لا بد لها من نفقة ، إذن فى الإنفاق . والثانى ، لا يرجع به ؛ لأنه ثبت لنفسه حقاً على غيره . وكذلك إن لم يجد من يشهده فأنفق محتسباً بالرجوع . وقياس المذهب أن له الرجوع ؛ لقولنا : يرجع بما أنفق على الآبق ، وعلى عيال الغائب وزوجاته ، والدأية المراهونة . ولو قدر على استئذان الحاكم ، فأنفق من غير استئذانه ، وأشهد على ذلك ، ففى رجوعه وجهان أيضاً . وحكم موت الجمال ، حكم هربه . وقال أبو بكر : مذهب أحمد ، أن الموت لا يفسخ الإجارة ، وله أن يركبها ، ولا يسرف فى علفها ، ولا يقصر ، ويرجع بذلك فى مال المتوفى ، فإن لم يكن فى يد المستأجر ما ينفقه ، لم يجز أن يبيع منها شيئاً ؛ لأن البيع إنما يجوز من المالك ، أو من نائبه ، أو ممن له ولاية عليه . ١١٣/٥ ط

فصل : قال أصحابنا : يصح كراء العقبة . وهو مذهب الشافعي ، ومعناها :
الركوب فى بعض الطريق ، يركب شيئاً ويمشى شيئاً ؛ لأنه إذا جاز أكثراؤها فى الجميع ، جاز أكثراؤها فى البعض . ولا بد من كونها معلومة ، إما أن يقدرها بقراسخ معلومة ، وإما بالزمان ، مثل أن يركب ليلاً ويمشى نهاراً ، ويعتبر فى هذا زمان السير دون زمان التزول . وإن أنفق على أن يركب يوماً ويمشى يوماً ، جاز . فإن اكترى عقبة ، وأطلق ، احتمل أن يجوز ، ويحمل على العرف . ويحتمل أن لا يصح ؛ لأن

(٢٥) سقط من : ب ، م .

ذلك يَخْتَلِفُ ، وليس له ضابطٌ ، فيكون مجهولاً . وإن اتَّفَقَا على أن يَرْكَبَ ثلاثةَ أيامٍ ، ^(٢٦) وَيَمْشِي ثلاثةَ أيامٍ ^(٢٦) ، أو مازادَ ونَقَصَ ، جازَ . وإن اختلفا ، لم يُجْبَرْ الْمُتَمَتِّعُ منهما ؛ لأنَّ فيه ضرراً على كلِّ واحدٍ منهما ؛ الماشي لِدَوَامِ الْمَشْيِ عليه ، وعلى الْجَمَلِ لِدَوَامِ الرُّكُوبِ عليه ، ولأنَّه إذا رَكِبَ بعد شِدَّةٍ ^(٢٧) تَعَبَهُ كان أثَقَلَ على البعيرِ . وإن اكَتَرَى اثْنانِ جَمَلاً يَرْكَبَانِهِ عُقْبَةً وَعُقْبَةً ، جازَ ، ويكونُ كِرَاؤُهُما طَوْلَ الطَّرِيقِ ، والاستيفاءُ بينهما على ما يَتَّفَقَانِ عليه ^(٢٨) . وإن تَشَاخَا ، قُسِمَ بينهما لكلِّ واحدٍ منهما فَراسِخٌ معلومةٌ ، أو لأحدهما اللَّيْلُ وللآخر النَّهَارُ . وإن كان لذلك عُرْفٌ ، رُجِعَ إليه . وإن اختلفا في البادئِ منهما ، أُقْرِعَ بينهما . وَيَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ كِرَاؤُهُما ، إلَّا أن يَتَّفَقَا على رُكُوبٍ معلومٍ لكلِّ واحدٍ منهما ؛ لأنَّه عَقْدٌ على مجهولٍ بالنسبةِ إلى كلِّ واحدٍ منهما ، فلم يَصِحَّ ، كما لو اشْتَرَيَا عَبْدَيْنِ على أن لكلِّ واحدٍ منهما عَبْدًا مُعَيَّنًا ^(٢٨) منهما .

٩٠٨ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ رَأَى الرَّايَيْنِ ، أو وُصِفَا لَهُ ، وَذَكَرَ الْباقِي بِأَرْطَالٍ معلومةٍ ، فَجائِزٌ)

وجملته أن المعرفة بالوصف تقوم مقام الرؤية في الرايين ، إذا وصفهما بما يختلفان به ، في الطول والقصر ، والهزال والسمن ، والصحة والمرض ، والصغر والكبر ، ^{١١٤/٥ و} والدكورية والأنثوية ، والباقي يكفي فيه ذكر الوزن . وقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الحطاب : لا بد من معرفة الرايين بالرؤية ؛ لأنَّه يَخْتَلِفُ بِثِقَلِهِ وَخِفَتِهِ ، وسُكُونِهِ وَحَرَكَتِهِ ، ولا يَنْضَبِطُ بالوصف ، فيجبُ تَعْيِينُهُ . وهذا مذهبُ الشافعي . ولهم في المَحْمِلِ وَجْهٌ ، أنه لا تَكْفِي فيه الصِّفَةُ ، وَيَجِبُ تَعْيِينُهُ . ولنا ، أنه عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ مُضَافٌ إلى حيوانٍ ، فاكْتَفَى فيه بالصِّفَةِ ، كالْبَيْعِ ، وكالْمَرْكُوبِ في الإِجَارَةِ ، ولأنَّه

(٢٦ - ٢٦) سقط من : ب .

(٢٧) في ب : « مدة » .

(٢٨) سقط من : الأصل ، ب .

لو لم يُكْتَفَ فيه^(١) بالصفّة ، لما جازَ للراكِب أن يُقيَمَ غيره مُقامَه ؛ لأنّه إنّما يَعْلَمُ كَوْنَه مثله لِتَسَاوِيهِمَا في الصّفاتِ ، فما لا تأتي عليه الصّفاتُ لا يَعْلَمُ التّساوِي فيهِ ، ولأنّ الوصفَ يُكْتَفَى به في البَيْعِ ، فاكْتَفَى به في الإجارَةِ ، كالرُّويَةِ ، والتّفَاوُثُ بعد ذِكْرِ الصّفاتِ الظّاهِرَةِ يَسِيرُ تَجَرِي المُسامَحَةِ فيهِ ، كالمُسْلِمِ فيهِ .

فصل : ويجوزُ اكْتِراءُ الإبلِ والدّوابِّ لِلْحُمُولَةِ ، قال الله تعالى : ﴿ وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَى بَلَدٍ لَمْ تَكُونُوا بِالْغِيهِ إِلَّا يَشُقُّ الْأَنْفُسَ ﴾^(٢) . وَالْحُمُولَةُ بِالضَّمِّ : الْأَحْمَالُ . وَالْحُمُولَةُ بِالْفَتْحِ : الَّتِي يُحْمَلُ عَلَيْهَا . قال الله تعالى : ﴿ وَمِنَ الْأَنْعَامِ حَمُولَةٌ وَفَرَسًا ﴾^(٣) الْحَمُولَةُ : الْكِبَارُ . وَالْفَرَسُ : الصَّغَارُ . وَقِيلَ : الْحَمُولَةُ : الْإِبِلُ . وَالْفَرَسُ : الْعَنَمُ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَحْمِلُ . وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الْحَمُولَةِ ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ حَمْلُ الْمَتَاعِ ، دُونَ مَا يَحْمِلُهُ ، بِخِلَافِ الرُّكُوبِ ، فَإِنَّ لِلرَّاكِبِ^(٤) غَرَضًا فِي الْمَرْكُوبِ ، مِنْ سُهُولَتِهِ وَحِمَالَتِهِ وَسُرْعَتِهِ^(٥) . وَإِنْ اتَّفَقَ وَجُودُ غَرَضٍ فِي الْحَمُولَةِ ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ الْمَحْمُولُ شَيْئًا يَضُرُّهُ كَثْرَةُ الْحَرَكَةِ ، كَالْفَاكِهَةِ وَالزَّجَاجِ ، أَوْ كَوْنُ الطَّرِيقِ مِمَّا يَعْسرُ عَلَى بَعْضِهَا دُونَ بَعْضٍ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُذَكَّرَ فِي / الْإِجارَةِ . وَأَمَّا الْأَحْمَالُ ، فَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَتِهَا ، فَإِنْ لَمْ يَعْرِفْهَا ، لَمْ يَجْزُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَتَفَاوُثُ كَثِيرًا ، وَيَحْتَلِفُ^(٦) الْغَرَضُ بِهِ . فَإِنْ شَرَطَ أَنْ تَحْمِلَ مَا شَاءَ ، بَطُلَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُمَكِّنُ الْوَفَاءَ بِهِ ، وَيَدْخُلُ فِيهِ مَا يَقْتُلُ الْبَهِيمَةَ . وَإِنْ قَالَ : لِتَحْمِلَ^(٧) عَلَيْهَا طَاقَتَهَا . لَمْ يَجْزُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا ضَابطَ لَهُ . وَتَحْصُلُ الْمَعْرِفَةُ بِطَرِيقَيْنِ : الْمُشَاهَدَةُ ؛ لِأَنَّهَا^(٨)

١١٤/٥ ظ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سورة النحل ٧ .

(٣) سورة الأنعام ١٤٢ .

(٤) في ب ، م : « المركب » .

(٥ - ٥) في م : « وحالة سرعته » .

(٦) في الأصل ، ب : « ويحتمل » .

(٧) في ب ، م : « احتمل » .

(٨) في زيادة : « من » .

أَعْلَى طُرُقِ الْعِلْمِ ، وَالصِّفَّةُ . وَيُشْتَرَطُ فِي الصِّفَّةِ مَعْرِفَةُ شَيْئَيْنِ : الْقَدْرُ وَالْجِنْسُ ؛ لِأَنَّ الْجِنْسَ يَخْتَلِفُ تَعَبُ الْبَهِيمَةِ بِاخْتِلَافِهِ ، مَعَ التَّسَاوِي فِي الْقَدْرِ ، فَإِنَّ الْقُطْنَ يَضُرُّ بِهَا مِنْ وَجْهِ ، وَهُوَ أَنَّهُ يَنْتَفِخُ عَلَى الْبَهِيمَةِ ، فَيَدْخُلُ فِيهِ الرِّيحُ فَيَثْقُلُ ، وَمِثْلُهُ مِنَ الْحَدِيدِ يُؤْذِي مِنْ ^(٩) جِهَةٍ أُخْرَى ، وَهُوَ أَنَّهُ يَجْتَمِعُ عَلَى مَوْضِعٍ مِنَ الْبَهِيمَةِ ، فَرُبَّمَا عَقَرَهَا ، فَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِهِ . وَأَمَّا الظُّرُوفُ ، فَإِنَّ دَخَلَ فِي الْوِزْنِ ، لَمْ يَحْتَجْ إِلَى ذِكْرِهَا ، وَإِنْ لَمْ تُوزَنْ ، فَإِنَّ كَانَتْ ظُرُوفًا مَعْرُوفَةً ، لَا تَخْتَلِفُ ، كَعَرَائِرِ الصُّوفِ وَالشَّعْرِ وَنَحْوِهَا ، جَازَ الْعَقْدُ عَلَيْهَا ^(١٠) مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ ؛ لِأَنَّهَا قَلَمًا تَتَفَاوَتْ تَفَاوُتًا كَثِيرًا اقْتِسَمَتْهَا تَكْفِي ، وَإِنْ كَانَتْ تَخْتَلِفُ ، فَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَتِهَا بِالتَّعْيِينِ أَوِ الصِّفَّةِ . وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ ، أَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَكْرَيْتُكَهَا لِتَحْمِلَ عَلَيْهَا ثَلَاثُمِائَةَ رَطِلٍ مِمَّا شِئْتُ . جَازَ ، وَمَلَكَ ذَلِكَ ، لَكِنْ ^(١١) لَا يُحْمَلُهُ جَمَلًا يَضُرُّ بِالْحَيَوَانِ ، مِثْلَ مَا لَوْ أَرَادَ حَمْلَ حَدِيدٍ أَوْ زُبْقٍ ، يَنْبَغِي أَنْ يُفَرِّقَهُ عَلَى ظَهْرِ الْحَيَوَانِ ، فَلَا يَجْتَمِعُ فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ مِنْ ظَهْرِهِ ، وَلَا يَجْعَلُهُ فِي وِعَاءٍ يَتَمَوَّجُ فِيهِ ، فَيَكُذُّ الْبَهِيمَةَ وَيَتْعَبُهَا . وَإِنْ أَكْثَرَى ظَهْرًا لِلْحَمْلِ مَوْصُوفًا بِجِنْسٍ ، فَأَرَادَ حَمْلَهُ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ الْجِنْسِ ، وَكَانَ الطَّالِبُ لِذَلِكَ الْمُسْتَأْجِرُ ، لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْمُطَالَبَةَ بِمَا لَمْ يَقْعِدْ عَلَيْهِ ، وَإِنْ طَلَبَهُ الْمُؤْجِرُ ، وَكَانَ يُفَوِّتُ بِهِ غَرَضَ الْمُسْتَأْجِرِ ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ غَرَضُهُ الاسْتِعْجَالُ فِي السَّيْرِ ، أَوْ أَنْ لَا يَنْقَطِعَ عَنِ الْقَافِلَةِ ، فَيَتَعَيَّنُ الْحَيْلُ أَوْ الْبِغَالُ / ، أَوْ يَكُونَ غَرَضُهُ سُكُونُ الْحُمُولَةِ ^(١٢) لِكَوْنِ الْحَمُولَةِ مِمَّا يَضُرُّهَا الْهَزُّ ، أَوْ قُوَّتُهَا وَصَبْرُهَا لِطَوِيلِ الطَّرِيقِ وَثِقَلِ الْحُمُولَةِ فَيُعَيَّنُ الْإِبِلُ ، لَمْ يَجْزِ الْعُدُولُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يُفَوِّتُ غَرَضَ الْمُسْتَأْجِرِ ، فَلَمْ يَجْزِ ذَلِكَ ، كَمَا فِي الْمَرْكُوبِ . وَإِنْ لَمْ يُفَوِّتْ غَرَضًا ، جَازَ ، كَمَا يَجُوزُ لِمَنْ أَكْثَرَى عَلَى حَمْلٍ شَيْءٍ حَمْلَ مِثْلِهِ ، أَوْ أَقَلَّ ضَرَرًا مِنْهُ .

(٩ - ٩) فِي ب : « وَجْهٌ آخَرٌ » .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١١) فِي ب : « لَكِنَّهُ » .

(١٢) فِي م : « الْحَمْلُ » .

فصل: ويجوز كِرَاءُ الدَّائِيَةِ لِلْعَمَلِ ؛ لِأَنَّهَا مَنْفَعَةٌ مُبَاحَةٌ ، حُلِقَتِ الدَّائِيَةُ لَهَا ، فَجَازَ الْكِرَاءُ لَهَا ، كَالرُّكُوبِ . وَإِنْ اكْتَرَى بَقْرًا لِلْحَرْثِ ، جَازَ ؛ ^(١٣) لِأَنَّ الْبَقَرَ حُلِقَتْ لِلْحَرْثِ ^(١٢) ، وَلِذَلِكَ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « بَيْنَمَا رَجُلٌ يَسُوقُ بَقْرَةً ، أَرَادَ أَنْ يَرْكَبَهَا ، فَقَالَتْ : إِنِّي لَمْ أُخْلَقْ لِهَذَا ، إِنَّمَا خُلِقْتُ لِلْحَرْثِ » . متفق عليه ^(١٤) . وَيَحْتَاجُ ^(١٥) شَرْطَيْنِ : مَعْرِفَةَ الْأَرْضِ ، وَتَقْدِيرَ الْعَمَلِ ، فَأَمَّا الْأَرْضُ فَلَا تُعْرَفُ إِلَّا بِالْمُشَاهَدَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَخْتَلِفُ ، فَتَكُونُ صُلْبَةً تَتَعَبُ الْبَقَرَ وَالْحَرَاثَ ، وَقَدْ يَكُونُ فِيهَا حِجَارَةٌ تَتَعَلَّقُ بِالسَّكَّةِ ، وَتَكُونُ رَخْوَةً سَهْلَةً يَسْهُلُ حَرْثُهَا ، وَلَا تَأْتِي الصَّعَّةُ عَلَيْهَا ، فَيَحْتَاجُ إِلَى رُؤْيَيْهَا . وَأَمَّا تَقْدِيرُ الْعَمَلِ ، فَيَجُوزُ بِأَحَدِ شَيْئَيْنِ ؛ إِمَّا بِالْمُدَّةِ ، كَيَوْمٍ وَيَوْمَيْنِ ، وَإِمَّا بِالْأَرْضِ ، كَهَذِهِ الْقِطْعَةِ ، أَوْ مِنْ هَذَا الْمَكَانِ إِلَى هَذَا الْمَكَانِ ، أَوْ بِالْمِسَاحَةِ ، كَمَدَى أَوْ مَدَيْنِ ^(١٦) ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، كُلُّ ذَلِكَ جَائِزٌ ؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ يَحْصُلُ بِهِ . فَإِنْ قَدَّرَهُ بِالْمُدَّةِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ الْبَقْرِ الَّتِي يَعْمَلُ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّ الْقَرْضَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهَا فِي الْقُوَّةِ وَالضَّعْفِ . وَيجوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ الْبَقَرَ مُفْرَدَةً لِيَتَوَلَّى رَبُّ الْأَرْضِ الْحَرْثَ بِهَا . وَيجوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَهَا مَعَ صَاحِبِهَا لِيَتَوَلَّى الْحَرْثَ بِهَا . وَيجوزُ اسْتِئْجَارُهَا بِأَلْتِهَا مِنَ الْفَدَانِ وَالتَّيْرِ ، وَاسْتِئْجَارُهَا بِدُونِ آلَتِهَا ، وَتَكُونُ الْآلَةُ مِنْ عِنْدِ صَاحِبِ الْأَرْضِ . وَيجوزُ اسْتِئْجَارُ الْبَقْرِ وَغَيْرِهَا لِدِرَاسِ / الزَّرْعِ ؛ لِأَنَّهَا مَنْفَعَةٌ مُبَاحَةٌ مَقْصُودَةٌ ، فَأُسْبِهَتْ الْحَرْثَ .

ظ ١١٥/٥

(١٣ - ١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) أخرجه البخارى ، فى : باب استعمال البقر للحراثة ، من كتاب المزارعة ، وفى : باب حدثنا أبو الجمان ، أخبرنا شعيب ... ، من كتاب الأنبياء ، وفى : باب قول النبي ﷺ لو كنت متخذاً خليلاً ... ، من كتاب فضائل أصحاب النبي ﷺ . صحيح البخارى ١٣٦/٣ ، ٢١٢/٤ ، ٦/٥ ، ٧ . ومسلم ، فى : باب من فضائل الصحابة رضى الله تعالى عنهم ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ١٨٥٧/٤ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب حدثنا عبد بن حميد ... ، من أبواب المناقب . عارضة الأحوذى ١٤٠/١٣ .

(١٥) فى م زيادة : « إلى » .

(١٦) المدى : منتهى البصر وغايته .

ويجوزُ على مُدَّةٍ أو زَرْعٍ مُعَيَّنٍ ، أو مَوْصُوفٍ ، كما ذَكَرْنَاهُ فِي الْحَرْثِ . ومتى كان على مُدَّةٍ ، اِخْتِيجَ إِلَى مَعْرِفَةِ ^(١٧) الْحَيَوَانِ الَّذِي يَعْمَلُ عَلَيْهِ لِيعْرِفَ قُوَّتَهُ أَوْ ضَعْفَهُ ، وَإِنْ كَانَ عَلَى عَمَلٍ غَيْرِ مُقَدَّرٍ بِالمُدَّةِ اِخْتِاجٌ إِلَى مَعْرِفَةِ ^(١٧) جِنْسِ الْحَيَوَانِ ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ يَخْتَلِفُ بِهِ ، فَمِنْهُ مَا رُوِّهُ طَاهِرٌ ، وَمِنْهُ مَا رُوِّهُ ^(١٨) نَجِسٌ ، وَلَا يَخْتِاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ عَيْنِ الْحَيَوَانِ . وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ الْحَيَوَانُ بِآلَتِهِ ، وَبِغَيْرِ آلَتِهِ ، مَعَ صَاحِبِهِ ، وَمُنْفَرِدًا عَنْهُ . كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْحَرْثِ .

فصل : وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ بَهِيمَةٍ لِإِدَارَةِ الرَّحَى ، وَيَقْتَفَرُ إِلَى شَيْئَيْنِ ؛ مَعْرِفَةِ الْحَجَرِ ، إِمَّا بِمُشَاهَدَةٍ ، وَإِمَّا بِصِفَةٍ تَحْصُلُ بِهَا مَعْرِفَتُهُ ؛ لِأَنَّ عَمَلَ الْبَهِيمَةِ يَخْتَلِفُ فِيهِ بِثِقَلِهِ وَخِفَّتِهِ ، فَيَحْتَاجُ صَاحِبُهَا ^(١٩) إِلَى مَعْرِفَتِهِ . وَتَقْدِيرُ الْعَمَلِ ، إِمَّا بِالزَّمَانِ ، فَيَقُولُ : يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ . أَوْ بِالطَّعَامِ فَيَقُولُ : قَفِيرًا أَوْ قَفِيرَيْنِ . وَيَذْكُرُ جِنْسَ الْمَطْحُونِ إِنْ كَانَ يَخْتَلِفُ ؛ لِأَنَّ مِنْهُ مَا يَسْهُلُ طَحْنُهُ ، وَمِنْهُ مَا يَصْنَعُ . وَكَذَلِكَ إِنْ اكْتَرَاهَا لِإِدَارَةِ دُولَابٍ ، فَلَا بُدَّ مِنْ مُشَاهَدَتِهِ ، وَمُشَاهَدَةِ دُولَابِهِ ، لِإِخْتِلَافِهَا ، وَتَقْدِيرُ ذَلِكَ بِالزَّمَانِ ، أَوْ مَلَأَ هَذَا الْحَوْضَ ، أَوْ هَذِهِ الْبِرْكَةَ . وَكَذَلِكَ إِنْ اكْتَرَاهَا لِلِاسْتِقَاءِ بِالْعَرَبِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ بِكِبَرِهِ وَصِغَرِهِ ، وَيُقَدَّرُ بِالزَّمَانِ ، أَوْ بِعَدَدِ الْغُرُوبِ ، أَوْ بِمَلَأَ بَرْكَةً أَوْ حَوْضًا . وَلَا يَجُوزُ تَقْدِيرُ ذَلِكَ بِسَقْيِ أَرْضٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ ، فَقَدْ تَكُونُ الْأَرْضُ عَطْشَانَةً لَا يَرَوْهَا الْقَلِيلُ ، وَتَكُونُ قَرِيَّةَ الْعَهْدِ بِالمَاءِ فَيَكْفِيهَا الْقَلِيلُ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ مَجْهُولًا . وَإِنْ قَدَّرَهُ بِسَقْيِ مَاشِيَةٍ ، اخْتَمَلَ أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِذَلِكَ . وَيَحْتَمَلُ أَنْ يَجُوزَ ؛ لِأَنَّ شَرِبَهَا يَتَقَارَبُ فِي الْغَالِبِ / . وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ دَابَّةٍ لِيَسْتَقِيَ عَلَيْهَا مَاءً ، وَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ الْآلَةِ الَّتِي يَسْتَقِيَ بِهَا ، مِنْ رَاوِيَةٍ ، أَوْ قَرَبٍ أَوْ جَرَارٍ ، وَمَعْرِفَةِ ذَلِكَ إِمَّا بِالرُّؤْيَةِ ، وَإِمَّا بِالصَّفَةِ ، وَيُقَدَّرُ الْعَمَلُ إِمَّا بِالزَّمَانِ ، وَإِمَّا بِعَدَدِ الْمَرَّاتِ ،

(١٧ - ١٧) سقط من : ب .

(١٨) في الأصل ، ب : « هو » .

(١٩) سقط من : الأصل .

وإِذَا بَلَغَ شَيْءٌ مُّعَيَّنٌ ، فَإِنْ قَدَّرَهُ بَعْدَ الْمَرَّاتِ ، اِخْتِجَاجٌ إِلَى مَعْرِفَةِ الْمَوْضِعِ الَّذِي يَسْتَقْبَلُ مِنْهُ ، ^(٢٠) وَالَّذِي يَذْهَبُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ بِالْقُرْبِ وَالْبُعْدِ ، وَالسُّهُولَةِ وَالْحَزُونَةِ ، وَإِنْ قَدَّرَهُ بَلَغَ شَيْءٌ مُّعَيَّنٌ ، اِخْتِجَاجٌ إِلَى مَعْرِفَتِهِ ، وَمَعْرِفَةُ مَا يَسْتَقْبَلُ مِنْهُ ^(٢١) . وَيَجُوزُ أَنْ يَكْتَرِيَ الْبَهِيمَةُ بِأَلْتِهَا وَبُدُونِهَا ، مَعَ صَاحِبِهَا وَوَحْدَهَا . وَإِنْ اكْتَرَاهَا لِإِبِلٍ تُرَابٍ مَعْرُوفٍ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَعْلُومٌ ^(٢٢) بِالْعُرْفِ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَى مُدَّةٍ ، فَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ الظَّهْرِ الَّذِي يَعْمَلُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهَا فِي الْقُوَّةِ وَالضَّعْفِ . وَإِنْ وَقَعَ عَلَى عَمَلٍ مُّعَيَّنٍ ، لَمْ يَخْتِجْ إِلَى مَعْرِفَتِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْتَلِفُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَحْتَاجَ إِلَى ذَلِكَ فِي اسْتِيفَاءِ الْمَاءِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مِنْهُ مَارُؤُهُ طَاهِرٌ وَجِسْمُهُ طَاهِرٌ بغيرِ خِلَافٍ ، كَالْخَيْلِ وَالْبَقَرِ ، وَمِنْهُ مَارُؤُهُ نَجِسٌ وَيَخْتَلِفُ فِي نَجَاسَةِ جِسْمِهِ ، كَالْبَعَالِ وَالْحَمِيرِ ، فَرُبَّمَا نَجَسَ بِهِ ^(٢٣) الْمُسْتَقْبَلُ أَوْ دَلَّوهُ ، فَيَتَنَجَّسُ الْمَاءُ بِهِ ، فَيَخْتَلِفُ الْعَرَضُ بِذَلِكَ ، فَتَجِبُ مَعْرِفَتُهُ .

فصل : وَإِذَا اكْتَرِيَ حَيَوَانًا لِعَمَلٍ لَمْ يُخْلَقْ لَهُ ، مِثْلُ أَنْ اكْتَرِيَ الْبَقَرُ لِلرُّكُوبِ أَوْ الْحَمَلِ ^(٢٤) عَلَيْهَا ، أَوْ اكْتَرِيَ الْإِبِلَ وَالْحُمُرَ لِلْحَرْثِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهَا مَنَفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ ، أَمْكَنَ اسْتِيفَاؤُهَا مِنَ الْحَيَوَانِ ، لَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بِتَحْرِيمِهَا ، فَجَازَ ، كَالَّذِي خُلِقَتْ لَهُ ، وَلِأَنَّ مَقْتَضَى الْمِلْكِ جَوَازُ التَّصَرُّفِ بِكُلِّ مَا يَصْلُحُ ^(٢٥) لَهُ الْعَيْنُ الْمَمْلُوكَةُ ، وَيُمْكِنُ تَحْصِيلُهُ مِنْهَا ، وَلَا يَمْتَنِعُ ذَلِكَ إِلَّا بِمُعَارَضٍ رَاجِحٍ ، إِمَّا وَرُودُ نَصٍّ بِتَحْرِيمِهِ ، أَوْ قِيَاسٌ صَحِيحٌ ، أَوْ رُجْحَانٌ مَضَرَّتُهُ عَلَى مَنَفَعَتِهِ ، وَلَيْسَ هَهُنَا / وَاحِدٌ مِنْهَا ، وَكَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ مِنَ الْأَكْثَرَادِ وَغَيْرِهِمْ يَحْمِلُونَ عَلَى الْبَقَرِ وَيَرْكَبُونَهَا ، وَفِي بَعْضِ الْبُلْدَانِ يَحْرُثُونَ ^(٢٥) عَلَى

ظ ١١٦/٥

(٢٠ - ٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١) سقط من : م .

(٢٢) في الأصل : « يد » .

(٢٣) في ب ، م : « والحمل » .

(٢٤) في ب ، م : « يحرث » .

الإبل والبغال والحُمير ، فيكون معنى خَلَقَهَا لِلْحَرْثِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، أَنْ مُعْظَمَ الْإِثْفَاعِ بِهَا فِيهِ ، وَلَا يَمْنَعُ ذَلِكَ^(٢٥) الْإِثْفَاعُ بِهَا فِي شَيْءٍ آخَرَ ، كَأَنَّ الْخَيْلَ خُلِقَتْ لِلرُّكُوبِ وَالزَّيْنَةِ ، وَيَأْخُذُ أَكْلُهَا ، وَاللُّؤْلُؤُ خُلِقَ لِلْجَلِيَّةِ ، وَيَجُوزُ اسْتِعْمَالُهُ فِي الْأَدْوِيَةِ وَغَيْرِهَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٩٠٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَا حَدَّثَ فِي السَّلْعَةِ مِنْ يَدِ الصَّانِعِ ، ضَمِنَ)

وجملته أَنَّ الْأَجِيرَ عَلَى ضَرْبَيْنِ ؛ خَاصٌّ ، وَمُشْتَرَكٌ ، فَالْخَاصُّ : هُوَ الَّذِي يَقَعُ الْعَقْدُ عَلَيْهِ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، يَسْتَحِقُّ الْمُسْتَأْجِرُ نَفْعَهُ فِي جَمِيعِهَا ، كَرَجُلٍ اسْتَوْجَرَ لَخَدْمَةٍ ، أَوْ عَمَلٍ فِي بِنَاءٍ أَوْ خِيَاطَةٍ ، أَوْ رِعَايَةٍ ، يَوْمًا أَوْ شَهْرًا ، سُمِّيَ خَاصًّا لِاخْتِصَاصِ الْمُسْتَأْجِرِ بِنَفْعِهِ فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ دُونَ سَائِرِ النَّاسِ . وَالْمُشْتَرَكُ : الَّذِي يَقَعُ الْعَقْدُ مَعَهُ عَلَى عَمَلٍ مُعَيَّنٍ ، كَخِيَاطَةِ ثَوْبٍ ، وَبِنَاءِ حَائِطٍ ، وَحَمْلِ شَيْءٍ إِلَى مَكَانٍ مُعَيَّنٍ ، أَوْ عَلَى عَمَلٍ فِي مُدَّةٍ لَا يَسْتَحِقُّ جَمِيعَ نَفْعِهِ فِيهَا ، كَالْكَحَّالِ ، وَالطَّيِّبِ ، سُمِّيَ مُشْتَرَكًا لِأَنَّهُ يَتَقَبَّلُ أَعْمَالًا لِاثْنَيْنِ وَثَلَاثَةٍ وَأَكْثَرَ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ ، وَيَعْمَلُ لَهُمْ ، فَيَشْتَرِكُونَ فِي مَنْفَعَتِهِ وَاسْتِحْقَاقِهَا ، فَسُمِّيَ مُشْتَرَكًا لِأَشْتِرَاكِهِمْ فِي مَنْفَعَتِهِ . فَالْأَجِيرُ الْمُشْتَرَكُ هُوَ الصَّانِعُ الَّذِي ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ ، وَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا جَنَّتْ يَدُهُ ، فَالْحَائِكُ إِذَا أَفْسَدَ حِيَاكَتَهُ ضَامِنٌ لِمَا أَفْسَدَ . نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ . وَالْقَصَّارُ ضَامِنٌ لِمَا يَتَخَرَّقُ مِنْ دَقَّةٍ أَوْ مَدَّةٍ أَوْ عَصْرِهِ أَوْ بَسْطِهِ . وَالطَّبَّاحُ ضَامِنٌ لِمَا أَفْسَدَ مِنْ طَبِخِهِ . وَالْحَبَّازُ ضَامِنٌ لِمَا أَفْسَدَ مِنْ خُبْزِهِ ، وَالْحَمَّالُ يَضْمَنُ مَا يَسْقُطُ مِنْ حِمْلِهِ عَنْ رَأْسِهِ ، أَوْ تَلَفَ مِنْ عَثَرَتِهِ . وَالْجَمَّالُ يَضْمَنُ مَا تَلَفَ / بِقَوْدِهِ ، وَسَوْقِهِ ، وَانْقِطَاعِ حَبْلِهِ الَّذِي يَشُدُّ بِهِ جِمْلَهُ .^{١١٧/٥} وَالْمَلَّاحُ يَضْمَنُ مَا تَلَفَ مِنْ يَدِهِ ، أَوْ جَذْفِهِ ، أَوْ مَا يُعَالِجُ بِهِ السَّفِينَةَ . وَرُويَ ذَلِكَ عَنْ عَمْرِو ، وَعَلِيٍّ ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُثْبَةَ ، وَشُرَيْحٍ^(١) ، وَالْحَسَنِ ، وَالْحَكَمِ . وَهُوَ قَوْلُ

(٢٥) سقط من : ب .

(١) أخرج البيهقي ذلك عن عمرو وعلي وشريح ، في : باب ما جاء في تضمين الأجزاء ، من كتاب الإجارة . السنن الكبرى ١٢٢/٦ .

أبى حنيفة ، ومالك ، وأحد قولَي الشافعي ، وقال في الآخر : لا يضمن ، ما لم يتعد . قال الربيع : هذا مذهب الشافعي ، وإن لم يُخبر به . ورؤي ذلك عن عطاء ، وطاوس ، وزفر ؛ لأنها عين مقبوضة بعقد الإجارة ، فلم تُصِرْ مضمونة ، كالعين المستأجرة . ولنا ، ما روى جعفر بن محمد ، عن أبيه ، عن علي أنه كان يضمن الصبَّاء والصَّوَّاع ، وقال : لا يصلحُ الناسَ إلَّا ذلك^(٢) . وروى الشافعي ، في « مُسنِّده »^(٣) ، بإسناده على علي ، أنه كان يضمنُ الأجرَاء ، ويقول : لا يصلحُ الناسَ إلَّا هذا . ولأنَّ عَمَلَ الأجير المُشْتَرَكِ مضمونٌ عليه ، فما تَوَلَّدَ منه يَجِبُ أن يكون مضمونًا ، كالعدوان بقطع عضو ، بخلاف الأجير الخاص . والدليل على أنَّ عَمَلَهُ مضمونٌ عليه ، أنه لا يَسْتَحِقُّ العَوَضَ إلَّا بالعمل ، وأنَّ الثَّوبَ لو تَلَفَ في حِرْزِهِ بعد عَمَلِهِ ، لم يَكُنْ له أَجْرٌ فيما عَمِلَ فيه ، وكان ذهابُ عَمَلِهِ من ضَمَانِهِ ، بخلاف الخاص ، فإنه إذا أمْكَنَ المُسْتَأْجِرُ من استعماله ، اسْتَحَقَّ العَوَضَ بِمُضِيِّ المُدَّةِ وإن لم يَعْمَلْ ، وما عَمِلَ فيه من شيءٍ فَتَلَفَ من حِرْزِهِ ، لم يَسْقُطْ أَجْرُهُ بِتَلَفِهِ .

فصل : ذكر القاضي أن الأجير المُشْتَرَكِ إنَّما يضمنُ إذا كان يَعْمَلُ في مِلْكِ نَفْسِهِ ، مثل الخَبَّازِ يَخْبِزُ في ثَنُورِهِ ومِلْكِهِ ، والقَصَّارِ والخَيَّاطِ في دُكَّانَيْهِمَا ، قال : ولو دَعَا الرَّجُلُ خَبَّازًا ، فَخَبَزَ له في دارِهِ ، أو خَيَّاطًا أو قَصَّارًا يَفْصِرُ وَيَخِيطُ عنده ، لا ضَمَانَ عليه فيما أَتْلَفَ ، ما لم يُفَرِّطْ ؛ لأنَّه سَلَّمَ نَفْسَهُ إلى المُسْتَأْجِرِ ، فيصيرُ كالأجير الخاص . قال : ولو كان صاحبُ المَتَاعِ / مع المَلَّاحِ في السَّفِينَةِ ، أو رَاكِبًا على الدَّائِيَةِ فوق حِمْلِهِ ، فَعَطَبَ الحِمْلُ ، لا ضَمَانُ على المَلَّاحِ والمُكَارِي ؛ لأنَّ يَدَ صاحبِ المَتَاعِ لم تُزَلْ ، ولو كان رَبُّ المَتَاعِ والعَجْمَالُ رَاكِبَيْنِ على الحِمْلِ ، فَتَلَفَ حِمْلُهُ ، لم يضمنهُ

١١٧/٥ ظ

= وأخرجه ابن أبي شيبة عن عبد الله بن عتبة في : باب الأجير يضمن أم لا ؟ من كتاب البيوع والأفضية . المصنف

١٢٧/٦ .

(٢) أخرجه البيهقي ، في الباب السابق ، الموضع السابق .

(٣) لم نجده في مسند الشافعي ، وأخرجه البيهقي عن الشافعي ، في الباب السابق ، الموضع السابق .

الْجَمَّالُ ؛ لِأَنَّ «رَبَّ الْمَتَاعِ» لَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيْهِ . وَمَذْهَبُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ نَحْوُ هَذَا . قَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَوْ كَانَ الْعَمَلُ فِي دُكَّانِ الْأَجِيرِ ، وَالْمُسْتَأْجِرُ حَاضِرٌ ، أَوْ اكْتَرَاهُ لِيَعْمَلَ لَهُ شَيْئًا ، وَهُوَ مَعَهُ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ يَدَهُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ مِنْ غَيْرِ جِنَايَتِهِ^(٤) ، وَيَجِبُ لَهُ أَجْرُ عَمَلِهِ ؛ لِأَنَّ يَدَهُ عَلَيْهِ ، فَكُلَّمَا عَمِلَ شَيْئًا صَارَ مُسَلِّمًا إِلَيْهِ . فظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِهِ فِي مِلْكِ نَفْسِهِ أَوْ مِلْكِ مُسْتَأْجِرِهِ ، أَوْ كَانَ صَاحِبُ الْعَمَلِ حَاضِرًا عِنْدَهُ أَوْ غَائِبًا عَنْهُ ، أَوْ كَوْنُهُ مَعَ الْمَلَّاحِ أَوْ الْجَمَّالِ أَوْ لَا . وَكَذَلِكَ قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : مَا تَلَفَ بِجِنَايَةِ الْمَلَّاحِ بِجَذْفِهِ ، أَوْ بِجِنَايَةِ الْمُكَارِي بِشِدَّةِ الْمَتَاعِ ، وَنَحْوِهِ ، فَهُوَ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ ، سَوَاءٌ كَانَ صَاحِبُ الْمَتَاعِ مَعَهُ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّ وَجُوبَ الضَّمَانِ عَلَيْهِ لِجِنَايَةِ يَدِهِ ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ حُضُورِ الْمَالِكِ وَغَيْبَتِهِ ، كَالْعُدْوَانِ ، وَلِأَنَّ جِنَايَةَ الْجَمَّالِ وَالْمَلَّاحِ ، إِذَا كَانَ صَاحِبُ الْمَتَاعِ رَاكِبًا مَعَهُ ، يَعْمُ الْمَتَاعُ وَصَاحِبُهُ ، وَتَفْرِيطُهُ يَعْصُمُهُمَا ، فَلَمْ يُسْقِطْ ذَلِكَ الضَّمَانُ ، كَالْوَرَمَى إِنْ سَاءَتْ مُتَرَسًّا ، فَكَسَرَ تَرْسَهُ وَقَتْلَهُ ، وَلِأَنَّ الطَّبِيبَ وَالْحَتَّانَ إِذَا جَنَّتْ يَدَاهُمَا ضَمِيمًا مَعَ حُضُورِ الْمُطْبِّبِ وَالْمَحْتُونِ . وَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ لَوْ كَانَ جَمَّالٌ^(٥) يَحْمِلُ عَلَى رَأْسِهِ وَرَبُّ الْمَتَاعِ مَعَهُ ، فَعَثَرَ ، فَسَقَطَ الْمَتَاعُ ، فَتَلَفَ ، ضَمِنَ ، وَإِنْ سُرِقَ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ فِي الْعِتَارِ تَلَفَ بِجِنَايَتِهِ ، وَالسَّرْقَةُ لَيْسَتْ مِنْ جِنَايَتِهِ ، وَرَبُّ الْمَالِ لَمْ يَحُلْ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ . وَهَذَا يَقْتَضِي أَنْ تَلَفَهُ بِجِنَايَتِهِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ ، سَوَاءٌ حَضَرَ رَبُّ الْمَالِ أَوْ غَابَ ، بَلْ وَجُوبُ الضَّمَانِ / ١١٨/٥ وَ فِي مَحَلِّ التَّرَاعِ أَوَّلَى ؛ لِأَنَّ الْفِعْلَ فِي ذَلِكَ^(٦) الْمَوْضِعِ مَقْصُودٌ لِفَاعِلِهِ ، وَالسَّقْطَةُ مِنَ الْحَمَالِ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ لَهُ ، فَإِذَا وَجَبَ الضَّمَانُ هُنَا ، ثُمَّ أَوَّلَى .

فصل : وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ إِذَا كَانَ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَى حَمْلِهِ عَيِّدًا صِغَارًا أَوْ كِبَارًا ،

(٤ - ٤) فِي الْأَصْلِ : « الْحَمْلُ مُسَلَّمٌ إِلَيْهِ » .

(٥) فِي ب ، م : « جِنَايَةٌ » .

(٦) فِي م : « ذَلِكَ » .

(٧) فِي م زِيَادَةٌ : « إِلَى » .

فلا ضَمَانٌ عَلَى الْمُكَارِي فِيمَا تَلَفَ مِنْ سَوْقِهِ وَقَوْدِهِ ، إِذْ لَا يَضْمَنُ بَنَى آدَمَ مِنْ جِهَةِ
الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَنَفَعَةٍ . وَالْأَوَّلَى وَجُوبُ الضَّمَانِ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ هَهُنَا مِنْ
جِهَةِ الْجَنَائَةِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُعَمَّ بَنَى آدَمَ وَغَيْرَهُمْ ، كَسَائِرِ الْجَنَائَاتِ . وَمَا ذَكَرَهُ يَنْتَقِضُ
بِجَنَائَةِ الطَّبِيبِ وَالْحَتَّانِ .

فصل : فأمّا^(٨) الأَجِيرُ الخاصُّ فهو^(٩) الذي يُسْتَأْجَرُ^(١٠) مُدَّةً ، فلا ضَمَانَ عَلَيْهِ ،
مَا لَمْ يَتَعَدَّ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ مُهَنَّا ، فِي رَجُلٍ أَمَرَ غُلَامَهُ بِكَيْلِ لِرَجُلٍ بَزْرًا ، فَسَقَطَ
الرُّطْلُ مِنْ يَدِهِ ، فَأَنْكَسَرَ : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . فَقِيلَ : أَلَيْسَ هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْقَصَّارِ ؟ قَالَ :
لَا ، الْقَصَّارُ مُشْتَرِكٌ . قِيلَ : فَرَجُلٌ أَكْثَرَى رَجُلًا يَسْتَقْفِي مَاءً ، فَكَسَرَ الْجِرَّةَ ؟ فَقَالَ :
لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . ^(١١) قِيلَ لَهُ : فَإِنْ أَكْثَرَى رَجُلًا يَحْرُثُ لَهُ عَلَى بَقْرَةٍ ، فَكَسَرَ الَّذِي
يَحْرُثُ بِهِ . قَالَ : فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . ^(١٢) وَهَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَأَبَى حَنِيفَةَ وَأَصْحَابَهُ .
وظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ، وَلَهُ قَوْلٌ آخَرُ : أَنَّ جَمِيعَ الْأَجْرَاءِ يَضْمَنُونَ . وَرَوَى فِي
مُسْنَدِهِ ، عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ كَانَ يُضْمَنُ الْأَجْرَاءُ ، وَيَقُولُ : لَا يُصْلِحُ النَّاسَ
إِلَّا هَذَا . وَلَنَا ، أَنَّ عَمَلَهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ مَا تَلَفَ بِهِ ، كَالْقَصَّاصِ وَقَطْعِ
يَدِ السَّارِقِ . وَخَبَرُ عَلِيٍّ مُرْسَلٌ ، وَالصَّحِيحُ فِيهِ ^(١٣) أَنَّهُ كَانَ يُضْمَنُ الصَّبَاغَ
وَالصَّوَاغَ ، وَإِنْ رَوَى مُطْلَقًا ، حُمِلَ عَلَى هَذَا / فَإِنَّ الْمُطْلَقَ يُحْمَلُ عَلَى الْمُقَيَّدِ . وَلِأَنَّ
الْأَجِيرَ الْخَاصَّ نَائِبًا عَنِ الْمَالِكِ فِي صَرْفِ مَنَافِعِهِ إِلَى مَا أَمَرَهُ بِهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ مِنْ غَيْرِ تَعَدُّ ،
كَالْوَكِيلِ وَالْمُضَارِبِ . فَأَمَّا مَا يَتَلَفُ بِتَعَدُّهِ ، فَيَجِبُ ضَمَانُهُ ، مِثْلَ الْحَبَّازِ الَّذِي
يُسْرِفُ فِي الْوَقُودِ ، أَوْ يُلْزَقُهُ قَبْلَ وَقْتِهِ ، أَوْ يَتْرُكُهُ بَعْدَ وَقْتِهِ حَتَّى يَحْتَرِقَ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفٌ
بِتَعَدُّهِ ، فَضَمِنَهُ ، كَغَيْرِ الْأَجِيرِ .

١١٨/٥ ظ

(٨) سقط من : ب ، م .

(٩) في ب ، م : (هو) .

(١٠) في ب ، م : (يستأجره) .

(١١ - ١٢) سقط من : الأصل .

(١٢) سقط من : ب .

فصل : وإذا استأجر الأجير المشترك أجيراً خاصاً ، كالخياط في دكان يستأجر أجيراً مُدَّةً ، يستعمله فيها ، فتقبل صاحب الدكان خياطة ثوب ، ودفعه إلى أجيره ، فخرقه أو أفسده ، لم يضمنه ؛ لأنه أجير خاص ، ويضمنه صاحب الدكان ؛ لأنه أجير مشترك .

فصل : إذا أثلّف الصانع الثوب بعد عمله ، فصاحبه مخير بين تضمينه إياه غير معمول ولا أجر له ^(١٣) ، وبين تضمينه إياه معمولاً ويدفع إليه أجره . ولو وجب عليه ضمان المتاع المحمول ، فصاحبه مخير بين تضمينه قيمته في الموضع الذي سلمه إليه ولا أجر له ، وبين تضمينه إياه في الموضع الذي أفسده ويعطيه الأجر إلى ذلك المكان . وإنما كان كذلك ؛ لأنه إذا أحب تضمينه معمولاً ، أو في المكان الذي أفسده فيه ، فله ذلك ؛ لأنه ملكه في ذلك الموضع على تلك الصفة ، فملك المطالبة بعوضه حينئذ ، وإن أحب تضمينه قبل ذلك ، فلأن أجر العمل لا يلزمه قبل تسليمه إليه ، وما سلم إليه ، فلا يلزمه .

فصل : إذا دفع إلى حائك غزلاً ، فقال : أنسجه لي عشرة أذرع في عرض ذراع . فنسجه زائداً على ما قدر له في الطول والعرض ، فلا أجر له في الزيادة ؛ لأنه غير مأمور بها ، وعليه ضمان نقص الغزل المنسوج فيها ، فأما ما عدا الزائد فينظر فيه ؛ فإن كان جاء به زائداً في الطول وحده ، ولم ينقص الأصل بالزيادة فله ما / سمي له من الأجر ، كما لو استأجره على أن يضرب له مائة لبننة ، فضرب له مائتين ، وإن جاء به زائداً في العرض وحده ، أو فيهما ، ففيه وجهان ؛ أحدهما : لا أجر له ؛ لأنه مخالف لأمر المستأجر ، فلم يستحق شيئاً ، كما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع ، فبناه عرض ذراعين . والثاني ، له المسمى ؛ لأنه زاد على ما أمر به ، فأشبه زيادة الطول . ومن قال بالوجه الأول ، فرق بين الطول والعرض ، بأنه يمكن قطع الزائد

(١٣) في م : « عليه » .

في الطُول ، وَيَبْقَى الثَّوبُ على ما أَرَادَ ، ولا يُمكنُ ذلك في العَرَضِ . وأما إن جاء به ناقصًا في الطُول والعَرَضِ ، أو في أحدهما ، ففيه أيضًا وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، لا أُجر له ، وعليه ضَمَانُ نَقْصِ الْغَزْلِ ؛ لأنَّه مُخَالِفٌ لما أُمِرَ به ، فأشْبَهَ ما لو اسْتَأْجَرَه على بِنَاءِ حَائِطٍ عَرَضَ ذِرَاعٍ ، فَبَنَاهُ عَرَضَ نِصْفِ ذِرَاعٍ . والثاني ، له بِحِصَّتِهِ من المُسَمَّى ، كمن اسْتُؤْجِرَ على ضَرْبِ لَبَنٍ ، فَضَرَبَ بَعْضَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إنْ جاء به ناقصًا في العَرَضِ ، فلا شَيْءَ له ، وإن كان ناقصًا في الطُولِ ، فله بِحِصَّتِهِ من المُسَمَّى ؛ لما ذَكَرْنَا من الْفَرْقِ بين الطُولِ والعَرَضِ . وإن جاء به زائِدًا في أحدهما ، ناقصًا في الآخر ، فلا أُجر له في الرَّائِدِ ، وهو في الناقِصِ على ما ذَكَرْنَا من التَّفْصِيلِ فيه . وقال محمدُ بنُ الحَسَنِ في الْمَوْضِعَيْنِ : يُخَيَّرُ^(١٤) صَاحِبُ الثَّوبِ بين دَفْعِ الثَّوبِ إلى النَّسَاجِ وَمُطَابَقَتِهِ بِشَمَنِ غَزْلِهِ ، وبين أن يَأْخُذَهُ وَيَدْفَعَ إليه المُسَمَّى في الزَّائِدِ ، أو بِحِصَّةِ الْمَنْسُوجِ في الناقِصِ ؛ لأنَّ غَرَضَهُ لم يَسْلَمْ له ، لأنَّه يَنْتَفِعُ بِالطَّوِيلِ ما لا يَنْتَفِعُ بِالْقَصِيرِ ، وَيَنْتَفِعُ بِالْقَصِيرِ ما لا يَنْتَفِعُ بِالطَّوِيلِ ، فكأنَّه أَتْلَفَ عليه غَزْلَهُ . ولنا ، أَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ ، فلم يَكُنْ له الْمُطَالَبَةُ بِعَوْضِهِ ، كما لو جاء به زائِدًا في الطُولِ وحده . فأما إنْ أَثَرَتِ الزِّيَادَةُ أو النِّقْصُ في الْأَصْلِ ، مثل أن يَأْمُرَهُ بِنَسْجِ عَشْرَةِ أَذْرُعٍ لِيَكُونَ الثَّوبُ خَفِيفًا ، فَنَسَجَهُ خَمْسَةَ عَشَرَ ، فَصَارَ صَفِيفًا ، أو أَمَرَهُ بِنَسْجِ خَمْسَةِ عَشَرَ لِيَكُونَ صَفِيفًا ، فَنَسَجَهُ عَشْرَةً ، فَصَارَ خَفِيفًا ، فلا أُجر له بِحَالٍ ، وعليه ضَمَانُ نَقْصِ الْغَزْلِ ؛ لأنَّه لم يَأْتِ بِشَيْءٍ مِمَّا أُمِرَ به .

فصل : إذا دَفَعَ إلى خَيَّاطٍ ثَوْبًا ، فقال / : إن كان يُقَطِّعُ قَمِيصًا فاقْطَعْهُ . فقال : هو يُقَطِّعُ . وقَطَّعَهُ ، فلم يَكِفْ ، فعليه ضَمَانُهُ . وإن قال : انْظُرْ هَذَا يَكْفِينِي قَمِيصًا ؟ قال : نعم . قال : اقْطَعْهُ . فَقَطَّعَهُ ، فلم يَكِفْهُ ، لم يَضْمَنْ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ ، وأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وقال أَبُو ثَوْرٍ : لا ضَمَانُ عَلَيْهِ في الْمَسْأَلَتَيْنِ ؛ لأنَّه لو كان غَرَهُ في

(١٤) في الأصل : « يتخير » .

الأولى ، لكان قد^(١٥) عَرَّه في الثانية . ولنا ، أنه إنما أذن له في الأولى بشرط كفايته ، فقطعه بدون شرطه ، وفي الثانية أذن له من غير شرط ، فافترقا ، ولم يجب عليه الضمان في الأولى لتغيريره ، بل لعدم الإذن في قطعه ؛ لأن إذنه مقيّد بشرط كفايته ، فلا يكون إذنا في غير ما وجد فيه الشرط ، بخلاف الثانية .

فصل : فإن أمره أن يقطع الثوب قميص رجل ، فقطعه قميص امرأة ، فعليه غرم ما بين قيمته صحيحا ومقطوعا ؛ لأن هذا قطع غير مأذون فيه ، فأشبه ما لو قطعه من غير إذن . وقيل : يغرّم ما بين قميص امرأة وقميص رجل ؛ لأنه مأذون في قميص في الجملة . والأول أصح ؛ لأن المأذون فيه قميص موصوف بصفة ، فإذا قطع قميصا غيره ، لم يكن فاعلا لما أذن فيه ، فكان متعدّيا بإتداء القطع ، ولذلك لا يستحق على القطع أجرا ، ولو فعل ما أمر به ، لاستحق أجره .

فصل : وإن اختلفا ، فقال : أذنت لي في قطعه قميص امرأة . وقال : بل أذنت لك في قطعه قميص رجل . أو قال : أذنت لي في قطعه قميصا . قال : بل قباء . أو قال الصَّبَاغُ : أمرتني بصبغه أحمر . قال : بل أسود . فالقول قول الخياط والصباغ . نصّ عليه أحمد ، في رواية ابن منصور^(١٦) . وهذا قول ابن أبي ليلى . وقال مالك ، وأبو حنيفة ،^(١٧) وأبو ثور^(١٧) : القول قول رب الثوب . واختلف أصحاب الشافعي ، فمنهم من قال : له قولان / ، كالمذهبيين . ومنهم من قال : له قول ثالث ،^{١٢٠/٥} أنهما يتحالفان ، كالمبتاعين يختلفان في الثمن . ومنهم من قال : الصحيح أن القول قول رب الثوب ؛ لأنهما اختلفا في صفة إذنه ، والقول قوله في أصل الإذن ، فكذلك في صفة ، ولأن الأصل عدم الإذن المختلف فيه ، فالقول قول من ينفيه . ولنا ، أنهما

(١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) في الأصل زيادة : « فقال : القول قول الخياط والصباغ » .

(١٧ - ١٧) سقط من : الأصل .

اتَّفَقَا عَلَى^(١٨) الْإِذْنِ وَاخْتَلَفَا فِي صِفَتِهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَأْذُونِ لَهُ ، كَالْمُضَارِبِ إِذَا قَالَ : أَذْنْتُ لِي فِي الْبَيْعِ نَسَاءً . وَلَأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى مِلْكِ الْخِيَاطِ الْقَطْعِ ، وَالصَّبَاغِ الصَّبْعِ . وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ فَعَلَ مَا مَلَكَهُ ، وَاخْتَلَفَا فِي لُزُومِ الْغُرْمِ لَهُ ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ . فَعَلِيَ هَذَا يَحْلِفُ الْخِيَاطُ وَالصَّبَّاغُ بِاللَّهِ لَقَدْ أَذْنْتُ لِي فِي قَطْعِهِ قَبَاءً ، وَصَبْغِهِ أَحْمَرَ . وَيَسْقُطُ عَنْهُ الْغُرْمُ ، وَيَكُونُ لَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ وَجُودَ فِعْلِهِ الْمَأْذُونِ فِيهِ بَعْوَضٍ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ الْمُسَمَّى ؛ لِأَنَّ الْمُسَمَّى ثَبَتَ بِقَوْلِهِ وَدَعَاوَاهُ ، فَلَا يَحْنُثُ بِبَيْعِهِ^(١٩) ، وَلَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ ، لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » . أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ^(٢٠) . فَأَمَّا الْمُسَمَّى فِي الْعَقْدِ ، فَإِنَّمَا يَعْتَرِفُ رَبُّ الثُّوبِ بِتَسْمِيَّتِهِ أَجْرًا ، وَقَطْعِهِ قَمِيصًا ، وَصَبْغِهِ أَسْوَدَ . فَأَمَّا مَنْ قَالَ : الْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الثُّوبِ . فَإِنَّهُ يَحْلِفُ بِاللَّهِ : مَا أَذْنْتُ^(٢١) فِي قَطْعِهِ قَبَاءً ، وَلَا صَبْغِهِ أَحْمَرَ . وَيَسْقُطُ عَنْهُ الْمُسَمَّى . وَلَا يَجِبُ لِلْخِيَاطِ وَالصَّبَّاغِ شَيْءٌ / ؛ لِأَنَّهُمَا فَعَلَا غَيْرَ مَا أَذِنَ لهما فِيهِ . وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، عَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ صَاحِبَ الثُّوبِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِمَّنْ^(٢٢) يَلْبَسُ الْأَقْبِيَّةَ وَالْأَحْمَرَ^(٢٣) ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، وَعَلَى الصَّانِعِ غُرْمٌ مَا نَقَصَ بِالْقَطْعِ ، وَضَمَّانٌ مَا أَفْسَدَ ، وَلَا أَجْرَ لَهُ ؛ لِأَنَّ قَرِينَةَ حَالِ رَبِّ الثُّوبِ^(٢٤) تَدُلُّ عَلَى صِدْقِهِ ، فَتَتَرَجَّحُ دَعْوَاهُ بهما ، كَمَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي حَائِطٍ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ عَقْدٌ أَوْ رَجٌّ ، رَجَحْنَا دَعْوَاهُ بِذَلِكَ . وَإِنْ اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ ، رَجَحْنَا دَعْوَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيمَا يَصْلُحُ لَهُ . وَلَوْ اخْتَلَفَ صَانِعَانِ فِي آلَةٍ التِي فِي ذِكْرَانِهِمَا ، رَجَحْنَا قَوْلَ كُلِّ

١٢٠/٥ ظ

(١٨) فَم : « فِي » .

(١٩) فِي الْأَصْلِ : « بِقِسْمَتِهِ » .

(٢٠) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي ٥٢٥/٦ .

(٢١) فِي ب زِيَادَةٍ : « لَكَ » .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٣) فِي الْأَصْلِ ، م : « السَّوَادُ » .

(٢٤) فِي م : « الْمَالُ » .

واحدٍ منهما في آلهِ صِنَاعَتِهِ . فعلى هذا يَحْلِفُ رَبُّ الثَّوْبِ : مَا أَذْنْتُ لَكَ فِي قَطْعِهِ قَبَاءً . وَيَكْفِي هذا لأنه يَنْتَفِي ^(٢٥) به الإِذْنُ ، فيَصِيرُ قَاطِعًا لغيرِ مَا أَذِنَ فيه . فإن كان القَبَاءُ مَخِيطًا بِخِيوطِ لِمَالِكِهِ ، لم يَمْلِكِ الخِيَاطُ قَتْلَهُ ، وكان لِمَالِكِهِ أَخْذُهُ مَخِيطًا بلا عَوَضٍ ؛ لأنَّه عَمِلَ في مِلْكٍ غيرِهِ عَمَلًا مُجَرَّدًا عن عَيْنٍ مَمْلُوكَةٍ له ، فلم يَكُنْ له إِزَالَتُهُ ، كما لو نَقَلَ مِلْكًا غيرِهِ من مَوْضِعٍ إلى مَوْضِعٍ ، لم يَكُنْ له رَدُّهُ إِذَا رَضِيَ صَاحِبُهُ بِتَرْكِه فيه . وإن كانت الخِيُوطُ لِلخِيَاطِ ، فله نَزْعُهَا ؛ لأنَّهَا عَيْنُ مَالِهِ ، ولا يَلْزُمُهُ أَخْذُ قِيمَتِهَا ؛ لأنَّهَا مِلْكُهُ ، ولا يَتَلَفُ بِأَخْذِهَا مَالُهُ حُرْمَةً . فإن اتَّفَقَا على تَعْوِضِهِ عنها ، جَازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما . وإن قال رَبُّ الثَّوْبِ : أَنَا أَشَدُّ في كُلِّ خَيْطٍ خَيْطًا . حتى إِذَا سَلَّهَ عَادَ خَيْطُ رَبِّ الثَّوْبِ في مَكَانِهِ ، لم يَلْزِمِ الخِيَاطُ الإِجَابَةَ إلى ذلك ؛ لأنَّه اِئْتِفَاعٌ بِمِلْكِهِ . وَحُكْمُ الصَّبَاغِ في قَلْعِ الصَّبْغِ إِنْ أَحْبَبَهُ ، وفي غير ذلك من أَحْكَامِهِ ، حُكْمُ صَبْغِ الغَاصِبِ . على مَا مَضَى في بَابِهِ . والذي يَقْوَى عِنْدِي ، أَنَّ القَوْلَ قولُ رَبِّ الثَّوْبِ ؛ لما ذَكَرْنَا في دَلِيلِهِمْ .

فصل : وَكُلٌّ من اسْتَوْجَرَ على عَمَلٍ في عَيْنٍ ، فلا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يُوقَعَهُ وَهِيَ في يَدِ الأَجِيرِ ، كَالصَّبَاغِ يَصْبُغُ في حَائِوتِهِ ، والخِيَاطِ في دُكَّانِهِ ، فلا يَبْرَأُ من العَمَلِ حتى يُسَلِّمَهَا إلى المُسْتَأْجِرِ ، ولا يَسْتَحِقُّ الأَجْرَ حتى يُسَلِّمَهُ مَفْرُوعًا مِنْهُ ؛ لأنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ في مُدَّةٍ ، فلا يَبْرَأُ مِنْهُ ما لم يُسَلِّمَهُ إلى العَاقِدِ ، كَالْمَبِيعِ مِنَ الطَّعَامِ ، لا يَبْرَأُ مِنْهُ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ إلى المُشْتَرِي . وَأَمَّا إِنْ كان يُوقَعُ العَمَلُ في مِلْكِ المُسْتَأْجِرِ ، مثلُ أَنْ يُحْضِرَهُ المُسْتَأْجِرُ إلى دَارِهِ لِيَخِيطَ فِيهَا ، أو يَصْبُغَ فِيهَا ، فَإِنَّهُ يَبْرَأُ مِنَ العَمَلِ ، وَيَسْتَحِقُّ أَجْرَهُ بِمُجَرَّدِ عَمَلِهِ ؛ لأنَّه في يَدِ المُسْتَأْجِرِ ، فيَصِيرُ مُسَلِّمًا لِلْعَمَلِ حَالًا فَحَالًا . ولو اسْتَأْجَرَ رَجُلًا يَبْنِي لَهُ حَائِطًا في دَارِهِ ، أو يَحْفَرُ فِيهَا بَيْتًا ، لَبَرِيءٌ مِنَ العَمَلِ / ، واسْتَحَقَّ أَجْرَهُ بِمُجَرَّدِ عَمَلِهِ . ولو كانت الْبَيْتُ في الصَّحْرَاءِ ، أو الْحَائِطُ ، لم يَبْرَأُ بِمُجَرَّدِ العَمَلِ . ولو انْهَارَتْ

(٢٥) في ب ، م : « يَنْتَفِي » .

عَقِيبَ الْحَفْرِ ، أَوْ الْحَائِطُ بَعْدَ بَنَائِهِ وَقَبْلَ تَسْلِيمِهِ ، لَمْ يَتْرَأْ مِنَ الْعَمَلِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ . فَإِنَّهُ إِذَا قَالَ : اسْتَعْمِلْ أَلْفَ لَيْتَةٍ فِي كَذَا وَكَذَا . فَعَمِلَ ، ثُمَّ سَقَطَ ، فَلَهُ الْكَرَاءُ . وَأَمَّا الْأَجِيرُ الْخَاصُّ فَيَسْتَحِقُّ أَجْرَهُ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ ، سَوَاءً تَلَفَ مَا عَمِلَهُ أَوْ لَمْ يَتَلَفْ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : إِذَا اسْتَأْجَرَهُ يَوْمًا ، فَعَمِلَ ، وَسَقَطَ عِنْدَ اللَّيْلِ مَا عَمِلَ ، فَلَهُ الْكَرَاءُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُ نَفْسِهِ ، وَعَمَلُ مَا يُسْتَعْمَلُ فِيهِ ، وَقَدْ وَجَدَ ذَلِكَ مِنْهُ ، بِخِلَافِ الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ . وَلَوْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِبَيْتِي لَهُ حَائِطًا طَوْلُهُ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ ، فَبَنَى بَعْضَهُ ، فَسَقَطَ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا حَتَّى يُتِمَّهُ ، سَوَاءً كَانَ فِي مِلْكٍ الْمُسْتَأْجِرِ أَوْ فِي غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَسْتِحْقَاقَ مَشْرُوطًا بِإِتِمَامِهِ ، وَلَمْ يُوجَدْ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا قِيلَ لَهُ : ارْفَعْ حَائِطًا كَذَا وَكَذَا ذِرَاعًا . فَعَلِيهِ أَنْ يُؤْفِقَهُ ، فَإِنْ سَقَطَ ، فَعَلِيهِ التَّمَامُ . وَكَذَا لَوْ اسْتَأْجَرَهُ لِيَحْفَرَ لَهُ بِفَرَاغِ عَشْرَةِ أَذْرُعٍ ، فَحَفَرَ مِنْهَا خَمْسَةً ، وَانْهَارَ فِيهَا تُرَابٌ مِنْ جَوَائِبِهَا ، لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا حَتَّى يُتِمَّ حَفْرَهَا .

٩١٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ تَلَفْتَ مِنْ حِرْزٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَلَا أَجْرَ لَهُ فِيمَا عَمِلَ فِيهَا)

اِخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ إِذَا تَلَفَ الْعَيْنُ مِنْ حِرْزِهِ ، مِنْ غَيْرِ تَعَدُّ مِنْهُ وَلَا تَفْرِيطٍ ، فُرِئَ عَنْهُ : لَا يَضْمَنُ . نَصَّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ . وَهُوَ قَوْلُ طَاوُسٍ ، وَعَطَّاءٍ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَزُفَرٍ ، وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، إِنْ كَانَ هَلَاكُهُ بِمَا اسْتَطَاعَ ، ضَمِنَهُ ، وَإِنْ كَانَ غَرَقًا أَوْ عَدُوًّا غَالِبًا ، فَلَا ضَمَانَ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ : إِذَا جَنَّتْ يَدُهُ ، أَوْ ضَاعَ مِنْ بَيْنِ مَتَاعِهِ ، ضَمِنَهُ ، وَإِنْ كَانَ عَدُوًّا أَوْ غَرَقًا ، فَلَا ضَمَانَ . وَنَحْوُ هَذَا قَالَ أَبُو يَوْسُفَ . وَالصَّحِيحُ فِي الْمَذْهَبِ الْأَوَّلِ . وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ تُحْتَمَلُ أَنَّهُ إِنَّمَا أُوجِبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ إِذَا تَلَفَ مِنْ بَيْنِ مَتَاعِهِ خَاصَّةً ؛ لِأَنَّهُ يُتَّهَمُ . وَلِهَذَا قَالَ فِي الْوَدِيعَةِ ، فِي رِوَايَةٍ : إِنَّهَا تُضْمَنُ إِذَا ذَهَبَتْ مِنْ بَيْنِ مَالِهِ ، فَأَمَّا غَيْرُ ذَلِكَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ تَخْصِيصَهُ^(١) التَّضْمِينَ بِمَا إِذَا تَلَفَ مِنْ بَيْنِ مَتَاعِهِ ، يُدُلُّ عَلَى أَنَّهُ

(١) فِي م : « تَخْصِيصٌ » .

لَا يَضْمَنُ إِذَا تَلَفَ مَعَ مَتَاعِهِ ، وَلَآئِنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْهُ تَفْرِيطٌ وَلَا عُذْوَانٌ ، فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ ، كَالْوَتْلَفِ بِأَمْرِ غَالِبٍ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى : يَضْمَنُ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « / عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » ^(٢) . وَلَآئِنَّهُ قَبَضَ الْعَيْنَ لِمَنْفَعَةٍ نَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ اسْتِحْقَاقٍ ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، كَالْمُسْتَعِيرِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا عَيْنٌ مَقْبُوضَةٌ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ ، لَمْ يَتْلَفْهَا بِفِعْلِهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَالْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ ، وَلَآئِنَّهُ قَبَضَهَا بِإِذْنِ مَالِكِهَا لِتَنْفَعِ يَعُودُ إِلَيْهَا ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَالْمُضَارِبِ وَالشَّرِيكِ وَالْمُسْتَأْجِرِ ، وَكَأَلَوْ تَلَفَتْ بِأَمْرِ غَالِبٍ . وَيُخَالِفُ الْعَارِيَّةَ ، فَإِنَّهُ يَنْفَرِدُ بِنَفْعِهَا . وَالْحَبْرُ مَخْصُوصٌ بِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأُصُولِ ، فَيُخَصُّ مَحَلَّ التَّزَاعِ بِالْقِيَاسِ عَلَيْهَا . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا أَجَرَ لَهُ فِيَمَا عَمِلَ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ عَمَلَهُ إِلَى الْمُسْتَأْجِرِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقْ عَوَضَهُ ، كَالْمَبِيعِ مِنَ الطَّعَامِ إِذَا تَلَفَ فِي يَدِ الْبَائِعِ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ .

فصل (٣) : وَإِذَا حَبَسَ الصَّانِعُ الثُّوبَ بَعْدَ عَمَلِهِ ، عَلَى اسْتِيفَاءِ الْأَجْرِ ، فَتَلَفَ ، ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرَهُ عِنْدَهُ ، وَلَا أَذِنَ لَهُ فِي إِمْسَاكِهِ ، فَلَزِمَهُ الضَّمَانُ ، كَالْغَاصِبِ .

فصل : إِذَا أَخْطَأَ الْقَصَّارُ ، فَدَفَعَ الثُّوبَ إِلَى غَيْرِ مَالِكِهِ ، فَعَلِيهِ ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّهُ فَوَّتَهُ عَلَى مَالِكِهِ . قَالَ أَحْمَدُ : يَغْرُمُ الْقَصَّارُ ، وَلَا يَسَعُ الْمَدْفُوعُ إِلَيْهِ لُبْسُهُ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ لَيْسَ ثَوْبُهُ ، وَعَلَيْهِ رَدُّهُ إِلَى الْقَصَّارِ ، وَيُطَالِبُهُ بِثَوْبِهِ . فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْقَابِضُ حَتَّى قَطَعَهُ وَلَبَسَهُ ، ثُمَّ عَلِمَ ، رَدَّهُ مَقْطُوعًا ، وَضَمِنَ أَرْضَ الْقَطْعِ ، وَلَهُ مُطَابَلَتُهُ بِثَوْبِهِ إِنْ كَانَ مُوجُودًا . وَإِنْ هَلَكَ عِنْدَ الْقَصَّارِ ، فَهَلْ يَضْمَنُهُ ؟ فِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَضْمَنُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمْسَكَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ بَعْدَ طَلْبِهِ ، فَضَمِنَهُ ، كَأَلَوْ عَلِمَ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَضْمَنُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُمَكِّنْهُ رَدُّهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ عَجَزَ عَنْ دَفْعِهِ لِمَرَضٍ .

فصل : وَالْعَيْنُ الْمُسْتَأْجَرَةُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ ، إِنْ تَلَفَتْ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ ، لَمْ يَضْمَنْهَا . قَالَ الْأَثَرُمُ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يُسْأَلُ عَنِ الَّذِينَ يُكْرُونَ الْمَظِلَّ ^(٤) أَوْ

(٢) تقدم تخريجه في : ٣٤٢/٧ .

(٣) سقط هذا الفصل كله من : ب .

(٤) في الأصل : « الظل » .

الْحَيْمَةَ إِلَى مَكَّةَ ، فَيَذْهَبُ مِنَ الْمُكْتَرَى بِسَرِّ أَوْ بَظَاهِرٍ ، هَلْ يَضْمَنُ ؟ قَالَ : أَرَجُو أَنْ لَا يَضْمَنَ ، وَكَيْفَ يَضْمَنُ ؟ إِذَا ذَهَبَ لَا يَضْمَنُ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ قَبْضُ الْعَيْنِ لَا سَتِيفَاءَ مَنْفَعَةٍ يَسْتَحِقُّهَا مِنْهَا ، فَكَانَتْ أَمَانَةً ، كَمَا لَوْ قَبِضَ الْعَبْدُ الْمُوصَى لَهُ بِخِدْمَتِهِ سَنَةً ، أَوْ قَبِضَ الزَّوْجُ أَمْرَأَتَهُ الْأَمَةَ . وَيُخَالِفُ الْعَارِيَّةُ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ مَنْفَعَتَهَا ، وَإِذَا انْقَضَتِ الْمُدَّةُ ، فَعَلَيْهِ رَفْعُ يَدِهِ ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ الرَّدُّ . أَوْ مَأْإِلِيهِ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، فَقِيلَ لَهُ : إِذَا اكْتَرَى دَابَّةً ، أَوْ اسْتَعَارَ ، أَوْ اسْتَوْدَعَ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَحْمِلَهُ ؟ فَقَالَ أَحْمَدُ : مَنْ اسْتَعَارَ شَيْئًا ، فَعَلَيْهِ رَدُّهُ مِنْ حَيْثُ أَخَذَهُ . فَأَوْجَبَ الرَّدُّ فِي الْعَارِيَّةِ / ، وَلَمْ يُوجِبْهُ فِي الْإِجَارَةِ وَالْوَدِيعَةِ . وَوَجْهُهُ أَنَّهُ عَقْدٌ لَا يَقْتَضِي الضَّمَانَ ^(٥) ، فَلَا يَقْتَضِي رَدَّهُ وَمُؤَنَّتَهُ ، كَالْوَدِيعَةِ . وَفَارَقَ الْعَارِيَّةُ ؛ فَإِنَّ ضَمَانَهَا يَجِبُ ، فَكَذَلِكَ رَدُّهَا . وَعَلَى هَذَا مَتَى انْقَضَتِ الْمُدَّةُ كَانَتِ الْعَيْنُ فِي يَدِهِ أَمَانَةً ، كَالْوَدِيعَةِ ، إِنْ تَلَفَتْ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ الشَّافِعِيَّةِ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَضْمَنُ ؛ لِأَنَّهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْإِجَارَةِ غَيْرُ مَا ذُوْنُ لَهُ فِي إِمْسَاكِهَا ، أَشْبَهَ الْعَارِيَّةَ الْمُؤَقَّتَةَ بَعْدَ وَقْتِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا أَمَانَةٌ أَشْبَهَتِ الْوَدِيعَةَ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ وَجَبَ ضَمَانُهَا لَوَجَبَ رَدُّهَا . وَأَمَّا الْعَارِيَّةُ فَإِنَّهَا مَضْمُونَةٌ فِي كُلِّ حَالٍ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا ، وَلِأَنَّهُ يَجِبُ رَدُّهَا . وَعَلَى كُلِّ حَالٍ ، مَتَى طَلَبَهَا صَاحِبُهَا وَجَبَ تَسْلِيمُهَا إِلَيْهِ ، فَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ رَدِّهَا لِغَيْرِ عَذْرِ ، صَارَتْ مَضْمُونَةً ، كَالْمَعْصُوبَةِ .

فصل : فَإِنْ شَرَطَ الْمُؤَجِّرُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ ضَمَانَ الْعَيْنِ ، فَالشَّرْطُ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ . وَهَلْ تَفْسُدُ الْإِجَارَةُ بِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى الشَّرْطِ الْفَاسِدِ فِي الْبَيْعِ . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِيمَا إِذَا شَرَطَ ضَمَانَ الْعَيْنِ : الْكَرَاءُ وَالضَّمَانُ مَكْرُوهٌ . وَرَوَى الْأَثَرُ ، بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، قَالَ : لَا يَصْلُحُ الْكَرَاءُ بِالضَّمَّانِ . وَعَنْ فَهْمٍ الْمَدِينَةِ أَنَّهُمْ كَانُوا يَقُولُونَ : لَا نُكْتَرَى بِضَمَّانٍ ، إِلَّا أَنَّهُ مِنْ شَرَطٍ عَلَى كَرِيٍّ أَنَّهُ لَا يُنْزِلُ مَتَاعَهُ

(٥) فِي الْأَصْلِ : « الْعَمَل » .

بَطْنٍ وَادٍ ، أَوْ لَا يَسِيرُ بِهِ لَيْلًا ، مَعَ أَشْبَاهِ هَذِهِ الشُّرُوطِ ، فَتَعَدَّى ذَلِكَ ، فَتَلَفَ شَيْءٌ مِمَّا حَمَلَ فِي ذَلِكَ التَّعَدَّى ، فَهُوَ ضَامِنٌ ، فَأَمَّا غَيْرُ ذَلِكَ ، فَلَا يَصِحُّ شَرْطُ الضَّمَانِ فِيهِ ، وَإِنْ شَرَطَهُ لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّ مَا لَا يَجِبُ ضَمَانُهُ لَا يُصِيرُهُ الشَّرْطُ^(٦) مَضْمُونًا ، وَمَا يَجِبُ ضَمَانُهُ لَا يَنْتَفِي ضَمَانُهُ بِشَرْطِ نَفْيِهِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ ذَلِكَ ، فَقَالَ : الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ الضَّمَانِ بِشَرْطِهِ ، وَوُجُوبِهِ بِشَرْطِهِ^(٧) ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ »^(٨) . فَأَمَّا إِنْ أَكْرَاهُ عَيْنًا ، وَشَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَسِيرَ بِهَا فِي اللَّيْلِ ، أَوْ وَقْتَ الْقَائِلَةِ ، أَوْ لَا يَتَأَخَّرَ بِهَا عَنْ الْقَافِلَةِ . أَوْ لَا يَجْعَلَ سَيْرَهُ فِي آخِرِهَا ، أَوْ لَا يَسْلُكَ بِهَا الطَّرِيقَ الْفَلَانِيَّةَ ، وَأَشْبَاهَ هَذَا مِمَّا لَهُ فِيهِ غَرَضٌ مُخَالِفٌ ، ضَمِنَ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدِّ لِشَرْطِ كَرِّهِ ، فَضَمِنَ مَا تَلَفَ بِهِ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَحْمِلَ عَلَيْهَا إِلَّا قَفِيرًا ، فَحَمَلَ اثْنَيْنِ .

فصل : وَإِنْ كَانَتِ الْإِجَارَةُ فَاسِدَةً ، لَمْ يَضْمَنْ الْعَيْنُ أَيْضًا إِذَا تَلَفَتْ بِغَيْرِ تَقْرِيطٍ وَلَا تَعَدٍّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَا يَقْتَضِي الضَّمَانَ صَحِيحُهُ ، فَلَا يَقْتَضِيهِ / فَاسِدُهُ ، كَالْوَكَالَةِ وَالْمُضَارَبَةِ . وَحُكْمُ كُلِّ عَقْدٍ فَاسِدٍ فِي وَجُوبِ الضَّمَانِ ، حُكْمُ صَحِيحِهِ ، فَمَا وَجَبَ الضَّمَانُ فِي صَحِيحِهِ وَجَبَ فِي فَاسِدِهِ ، وَمَا لَمْ يَجِبْ فِي صَحِيحِهِ لَمْ يَجِبْ فِي فَاسِدِهِ .

فصل : وَلِلْمُسْتَأْجِرِ ضَرْبُ الدَّائِيَّةِ بِقَدْرِ مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ ، وَيَكْبَحُهَا بِاللِّجَامِ لِلِاسْتِصْلَاحِ ، وَيَحْتُهَا عَلَى السَّيْرِ^(٩) لِيَلْحَقَ الْقَافِلَةَ ، وَقَدْ صَحَّ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَحَسَ

(٦) فِي الْأَصْلِ : « بِالشَّرْطِ » .

(٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٨) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي ٣٠/٦ .

وَيُضَافُ إِلَيْهِ : وَأَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ ، فِي بَابِ : الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ وَالصَّلَحُ جَائِزٌ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُسْتَدْرَكُ ٤٩/٢ ، ٥٠ . وَالتَّرْمِذِيُّ ، فِي بَابِ : مَا ذَكَرَ عَنِ الرَّسُولِ فِي الصَّلَحِ بَيْنَ النَّاسِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ .

تَحْفَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٠٣/٦ ، ١٠٤ .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « الْمَسِيرُ » .

بِعَيْرِ جَابِرٍ ، وَضَرْبُهُ^(١٠) . وَكَانَ أَبُو بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، يَخْرِشُ بَعِيرَهُ بِمِخْجَنِهِ .
وَلِلرَّائِضِ ضَرْبُ الدَّائِيَةِ لِلتَّادِيْبِ ، وَتَرْتِيبِ الْمَشْيِ ، وَالْعَدْوِ ، وَالسَّيْرِ . وَلِلْمُعَلِّمِ
ضَرْبُ الصَّبَّيَّانِ لِلتَّادِيْبِ . قَالَ الْأَثَرُمُ : سُئِلَ أَحْمَدُ ، عَنْ ضَرْبِ الْمُعَلِّمِ الصَّبَّيَّانِ .
قَالَ : عَلَى قَدْرِ ذُنُوبِهِمْ ، وَيَتَوَقَّى بِجُهِدِهِ الضَّرْبَ ، وَإِذَا كَانَ صَغِيرًا لَا يَعْقِلُ فَلَا
يَضْرِبُهُ . وَمَنْ ضَرَبَ مِنْ^(١١) هَؤُلَاءِ كُلَّهُمْ^(١٢) الضَّرْبَ الْمَأْذُونِ فِيهِ ، لَمْ يَضْمَنْ مَا
تَلَفَ . وَهَذَا فِي الدَّائِيَةِ ، قَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَبُو يَوْسَفَ ،
وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ بِجَنَائَتِهِ ، فَضَمِنَهُ ، كَغَيْرِ
الْمُسْتَأْجِرِ ، وَكَذَلِكَ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الْمُعَلِّمِ يَضْرِبُ الصَّبِيَّ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ تَأْدِيْبُهُ بِغَيْرِ
الضَّرْبِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَلَفَ مِنْ فِعْلِ مُسْتَحَقٍّ ، فَلَمْ يَضْمَنْ ، كَالْوَلَفِ تَحْتَ الْحِمْلِ ،
وَلِأَنَّ الضَّرْبَ مَعْنَى تَضَمُّنُهُ عَقْدَ الْإِجَارَةِ ، فَإِذَا تَلَفَ مِنْهُ لَمْ يَضْمَنْ ، كَالرُّكُوبِ .
وَفَارَقَ غَيْرَ الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدِّ . وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ : يُمَكِّنُ التَّادِيْبُ بِغَيْرِ الضَّرْبِ .
لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ الْعَادَةَ إِخْلَافُهُ ، وَلَوْ أُمِكَنَ التَّادِيْبُ بِدُونِ الضَّرْبِ ، لَمَا جَازَ الضَّرْبُ ،
إِذْ فِيهِ ضَرَرٌ وَإِلْطَامٌ مُسْتَعْنَى عَنْهُ . وَإِنْ أُسْرِفَ فِي هَذَا كُلِّهِ ، أَوْ زَادَ عَلَى مَا يَحْصُلُ
الْغِنَى^(١٣) بِهِ ، أَوْ ضَرَبَ مَنْ لَا عَقْلَ لَهُ مِنَ الصَّبَّيَّانِ ، فَعَلِيهِ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدِّ حَصَلَ
التَّلَفُ بَعْدَ وَانِهِ .

(١٠) أخرجه البخاري ، في : باب الثيبات . وباب تستحد المغيبة وتمشط ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري
٥١ ، ٦/٧ . ومسلم ، في : باب استحباب نكاح البكر ، من كتاب الرضاع ، وباب بيع البعير واستثناء كوبه ،
من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٠٨٩/٢ ، ١٢٢١/٣ ، ١٢٢٢ ، ١٢٢٣ . والإمام أحمد ، في : المسند
٣٧٣ ، ٣٧٢/٣ .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في الأصل : « المعنى » .

٩١١ - مسألة ؛ قال : (وَلَا ضَمَانَ عَلَى حَجَّامٍ ، وَلَا خِتَانٍ ، وَلَا مُتَطَبِّبٍ ، إِذَا عُرِفَ مِنْهُمْ حَذْقُ الصَّنْعَةِ ، وَلَمْ تُجَنِّ أَيْدِيهِمْ)

وجملته أن هؤلاء إذا فعلوا ما أمرُوا به ، لم يضمنوا بشرطين ؛ أحدهما ، أن يكونوا ذوي حَذْقٍ في صناعتِهِمْ ، ولهم بها بَصَارَةٌ ومَعْرِفَةٌ ؛ لأنه إذا لم يكن كذلك لم يحل له مَبَاشَرَةُ الْقَطْعِ ، وإذا قَطَعَ مع هذا كان فِعْلاً مُحَرَّمًا ، فيضمنُ سِرَّائِهِ ، كالقَطْعِ ائْتِدَاءً . الثاني ، أن لا تُجَنِّي أَيْدِيهِمْ ، فَيَتَجَاوَزُوا مَا يَنْبَغِي أَنْ يَقْطَعَ . فإذا وَجَدَ هذان الشرطان ، لم يضمنوا ؛ لأنَّهُمْ قَطَعُوا قِطْعًا مَأْذُونًا فِيهِ ، فلم يضمنوا سِرَّائِهِ ، كقَطْعِ الإمامِ يَدِ السَّارِقِ ، أو فَعَلَ فِعْلاً مَبَاحًا مَأْذُونًا فِي فِعْلِهِ ، أَشَبَّهُ مَا ذَكَرْنَا . فأمَّا إِنْ كَانَ حَازِقًا وَجَنَّتْ يَدُهُ ، مثل أن تَجَاوَزَ قِطْعَ الْخِتَانِ إِلَى الْحَشْفَةِ ، أو إِلَى بَعْضِهَا ، أو / قَطَعَ فِي غَيْرِ مَحَلِّ الْقَطْعِ ، أو يَقْطَعُ (" الطَّبِيبُ سَلْعَةً ") مِنْ إِنْسَانٍ ، فَيَتَجَاوَزُهَا ، أو يَقْطَعُ بَالَةً كَالَّتِي يَكْثُرُ أَلْمُهَا ، أو فِي وَقْتٍ لَا يَصْلُحُ الْقَطْعُ فِيهِ ، وَأَشْبَاهُ هَذَا ، ضَمِنَ فِيهِ كُلُّهُ ؛ لأنه إِنْثِلَافٌ لَا يَخْتَلِفُ ضَمَانُهُ بِالْعَمْدِ وَالْخَطِئِ ، فَأَشَبَّهُ إِنْثِلَافَ الْمَالِ ، وَلأنَّ هَذَا فِعْلٌ مُحَرَّمٌ ، فيضمنُ سِرَّائِهِ ، كالقَطْعِ ائْتِدَاءً . وكذلك الْحُكْمُ فِي النَّزَاعِ (") وَالْقَاطِعِ فِي الْقِصَاصِ ، وَقَاطِعِ يَدِ السَّارِقِ . وهذا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا .

فصل : وَإِنْ خَتَنَ صَبِيًّا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ ، أو قَطَعَ سَلْعَةً مِنْ إِنْسَانٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، أو مِنْ صَبِيٍّ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ ، فَسَرَتْ جَنَائِثُهُ ، ضَمِنَ ؛ لأنه قَطَعَ غَيْرَ مَأْذُونٍ فِيهِ ، وَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ الْحَاكِمُ ، أو مِنْ لَهُ وَلَايَةٌ عَلَيْهِ ، أو فَعَلَهُ مَنْ أَدْنَاهُ ، لم يضمنْ ؛ لأنه مَأْذُونٌ فِيهِ شَرْعًا .

فصل : وَيَجُوزُ الاسْتِئْجَارُ عَلَى الْخِتَانِ ، وَالْمُدَاوَاةِ ، وَقَطْعِ السَّلْعَةِ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ وَلأنَّهُ فِعْلٌ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ ، مَأْذُونٌ فِيهِ شَرْعًا ، فَجَازَ الاسْتِئْجَارُ عَلَيْهِ ، كَسَائِرِ الْأَفْعَالِ الْمُبَاحَةِ .

(١ - ١) في م : « السَّلْعَةُ » . والسَّلْعَةُ هُنَا : كَالْعُدَّةِ فِي الْجَسَدِ أَوْ نُخْرَاجَ فِي الْعُنُقِ ، وَتَكُونُ مِنْ جِمَاصَةٍ إِلَى بَطِيخَةٍ أَوِ الْقَامُوسِ (سَلْعٌ) .
(٢) النَّزَاعُ : الْبَيْطَارُ .

فصل : ويجوز أن يستأجر حَجَّامًا لِيَحْجُمَهُ ، وأجره مُباح . وهذا اختيار أبي الخطاب . وهذا قول ابن عباس ، قال : أنا آكله^(٣) . وبه قال عكرمة ، والقاسم ، وأبو جعفر ، ومحمد بن علي بن الحسين ، وربيعة ، ويحيى الأنصاري ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال القاضي : لا يباح أجر الحجام . وذكر أن أحمد نص عليه في مواضع ، وقال : وإن^(٤) أعطى شيئاً من غير عقد ولا شرط ، فله أخذه ، ويصرفه في غلف دوابه ، وطعمة عبيده ، ومؤنة صناعته ، ولا يحل له أكله . وممن كره كسب الحجام عثمان ، وأبو هريرة ، والحسن ، والتخعي . وذلك لأن النبي ﷺ قال : « كَسَبُ الْحَجَّامِ خَبِيثٌ » . (رواه مسلم) . وقال : « أُطْعِمَهُ نَاضِحَكَ وَرَقِيقَكَ »^(٥) . ولنا ، ما روى ابن عباس ، قال : احتجم النبي ﷺ ، وأعطى الحجام أجره ، ولو علمه حراماً لم يُعْطِهِ . متفق عليه^(٦) . وفي لفظ : لو علمه

(٣) في الأصل : « أكلته » .

(٤) سقط من : م . وفي ب : « فإن » .

(٥ - ٥) في الأصل : « متفق عليه » .

وأخرجه مسلم في : باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم

١١٩٩/٣

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٣٨/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في ثمن الكلب ، من أبواب البيوع . عارضة الأخوذى ٢٧٦/٥ . والدارمي ، في : باب النهي عن كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٧٢/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٦٤/٣ ، ٤٦٥ ، ١٤/٤ ، ١٤١ .

(٦) أخرجه أبو داود ، في : باب في كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٣٨/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كسب الحجام ، من أبواب البيوع . عارضة الأخوذى ٢٧٨/٥ . وابن ماجه ، في : باب كسب الحجام ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٢/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الحجامة وأجرة الحجام ، من كتاب الاستئذان . الموطأ ٩٧٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٨١/٣ ، ١٤١/٤ ، ٤٣٥/٥ ، ٤٣٦ .

(٧) أخرجه البخاري ، في : باب خراج الحجام ، من كتاب الإجارة . صحيح البخاري ١٢٢/٣ . ومسلم ، في : باب حل أجرة الحجامة . من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٥/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٣٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣١٦/١ ، ٣٢٤ ، ٣٣٣ ، ٣٥١ ، ٣٦٥ .

حَبِيبًا لَمْ يُعْطِهِ . وَلَئِنَّهَا مَنْعَةٌ مُبَاحَةٌ ، لَا يَخْتَصُّ فاعِلُهَا أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْقَرْيَةِ ، فَجَازَ
الاسْتِجَارُ عَلَيْهَا ، كَالْبِنَاءِ وَالْخِيَاطَةِ ، وَلَئِنَّ النَّاسَ حَاجَةٌ إِلَيْهَا ، وَلَا نَجْدُ كُلَّ أَحَدٍ
مُتَبَرِّعًا بِهَا ، فَجَازَ الاسْتِجَارُ عَلَيْهَا ، كَالرِّضَاعِ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ فِي كَسْبِ
الْحَجَّامِ : « أَطْعَمَهُ رَقِيقَكَ » . دَلِيلٌ ^(٨) عَلَى إِبَاحَةِ كَسْبِهِ ، إِذْ غَيْرُ جَائِزٍ أَنْ يُطْعِمَ
رَقِيقَهُ مَا يَحْرُمُ أَكْلَهُ ، فَإِنَّ الرَّقِيقَ آدَمِيٌّ ، يَحْرُمُ عَلَيْهِمْ أَكْلُ ^(٩) مَا حَرَّمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ، كَمَا
يَحْرُمُ عَلَى الْأَخْرَارِ ، وَتَخْصِيصُ ذَلِكَ بِمَا أُعْطِيَهِ مِنْ غَيْرِ اسْتِجَارٍ تَحْكُمُ لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ ، ١٢٣/٥ ط
(١٠) وَتَسْمِيَّتُهُ كَسْبًا ^(١٠) حَبِيبًا لَا يَلْزَمُ مِنْهُ التَّحْرِيمُ ، فَقَدْ سَمَّى النَّبِيُّ ﷺ الثُّومَ وَالْبَصَلَ
حَبِيبَيْنِ ^(١١) ، مَعَ إِبَاحَتِهِمَا . وَإِنَّمَا كَرِهَ النَّبِيُّ ﷺ ذَلِكَ لِلْحُرِّ تَنْزِيهًا لَهُ ^(١٢) ؛ لِدَنَاءَةِ
هَذِهِ الصَّنَاعَةِ . وَلَيْسَ عَنْ أَحْمَدَ نَصٌّ فِي تَحْرِيمِ كَسْبِ الْحَجَّامِ ، وَلَا الاسْتِجَارِ
عَلَيْهَا ، وَإِنَّمَا قَالَ : نَحْنُ نُعْطِيهِ كَمَا أُعْطِيَ النَّبِيُّ ﷺ ، وَنَقُولُ لَهُ كَمَا قَالَ النَّبِيُّ ﷺ ،
لَمَّا سُئِلَ عَنْ أَكْلِهِ نَهَاهُ ، وَقَالَ : « اغْلِفْهُ النَّاصِحَ وَالرَّقِيقَ » . وَهَذَا مَعْنَى كَلَامِهِ فِي
جَمِيعِ الرُّوَايَاتِ ، وَلَيْسَ هَذَا صَرِيحًا فِي تَحْرِيمِهِ ، بَلْ فِيهِ دَلِيلٌ عَلَى إِبَاحَتِهِ ، كَمَا فِي قَوْلِ
النَّبِيِّ ﷺ وَفِعْلِهِ ، عَلَى مَا يَبَيِّنُ ، وَأَنَّ إِعْطَاءَهُ لِلْحَجَّامِ دَلِيلٌ عَلَى إِبَاحَتِهِ ، إِذْ لَا يُعْطِيهِ
مَا يَحْرُمُ عَلَيْهِ ، وَهُوَ عَلَيْهِ السَّلَامُ يُعَلِّمُ النَّاسَ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُحَرَّمَاتِ ، فَكَيْفَ يُعْطِيهِمْ
إِيَّاهَا ، وَيُمْكِّنُهُمْ مِنْهَا ، وَأَمْرُهُ بِإِطْعَامِ الرَّقِيقِ مِنْهَا دَلِيلٌ عَلَى الْإِبَاحَةِ ، فَيَتَعَيَّنُ حَمْلُ نَهْيِهِ
عَنْ أَكْلِهَا عَلَى الْكَرَاهَةِ دُونَ التَّحْرِيمِ . وَكَذَلِكَ قَوْلُ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ عَنْ
قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ وَفِعْلِهِ ، وَإِنَّمَا قَصَدَ اتِّبَاعَهُ ﷺ ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ مَنْ كَرِهَهُ مِنَ الْأُئِمَّةِ ،

(٨) فِي الْأَصْلِ : « دَل » .

(٩) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٠ - ١١) فِي الْأَصْلِ : « وَتَسْمِيَةُ كَسْبِهِ » .

(١١) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ نَبِيٍّ مِنْ أَكْلِ ثَوْبٍ أَوْ بَصَلًا ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاجِدِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣٩٦/١ .
وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ أَكْلِ الثُّومِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَطْعَمَةِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٣٢٥/٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ يَخْرُجُ
مِنَ الْمَسْجِدِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاجِدِ . الْمُجْتَبَى ٣٤/٢ ، ٣٥ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ مَنْ أَكَلَ الثُّومَ فَلَا يَقْرُبُ الْمَسْجِدَ ،
مِنَ كِتَابِ الْإِقَامَةِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَةَ ٣٢٤/١ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٥/١ ، ٢٨ ، ١٩/٤ .

يَتَعَيَّنُ حَمْلُ كَلَامِهِمْ عَلَى هَذَا ، وَلَا يَكُونُ فِي الْمَسْأَلَةِ قَائِلٌ بِالتَّحْرِيمِ . وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يُكْرَهُ لِلنَّحْرِ أَكْلُ كَسْبِ الْحِجَامِ ، وَيُكْرَهُ تَعَلُّمُ صِنَاعَةِ الْحِجَامَةِ ، وَإِجَارَةُ نَفْسِهِ لَهَا ، بِمَا فِيهَا مِنَ الْأَخْبَارِ ، وَلأنَّ فِيهَا ذَنَاءَةً ، فَكُرِّهَ^(١٢) الدُّخُولُ فِيهَا ، كَالْكُسْحِ . وَعَلَى هَذَا يُحْمَلُ قَوْلُ الْأَئِمَّةِ الَّذِينَ ذَكَرْنَا عَنْهُمْ كَرَاهَتَهَا ، جَمْعًا بَيْنَ الْأَخْبَارِ الْوَارِدَةِ فِيهَا ، وَتَوْفِيقًا بَيْنَ الْأَدِلَّةِ الدَّالَّةِ عَلَيْهَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : فَأَمَّا اسْتِئْجَارُ الْحِجَامِ لغيرِ الْحِجَامَةِ ، كَالْفَصْدِ ، وَخَلْقِ الشَّعْرِ ، وَتَقْصِيرِهِ ، وَالخِتَانِ ، وَقَطْعِ شَيْءٍ مِنَ الْجَسَدِ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ ، فَجَائِزٌ ؛ لِأَنَّ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ : « كَسْبُ الْحِجَامِ نَجِيسٌ » . يَعْنِي بِالْحِجَامَةِ ، كَأَنَّهُى عَنْ مَهْرِ الْبَغْيِ ، أَى فِي الْبِعَاءِ . وَكَذَلِكَ لَوْ كَسَبَ بِصِنَاعَةِ أُخْرَى ، لَمْ يَكُنْ حَبِيشًا بغيرِ خِلَافٍ . وَهَذَا النَّهْيُ مُخَالَفٌ لِلْقِيَاسِ ، فَيُخْتَصُّ^(١٣) بِالْمَحَلِّ الَّذِي وَرَدَ فِيهِ ، وَلأنَّ هَذِهِ الْأُمُورَ تَدْعُو الْحَاجَةَ إِلَيْهَا ، وَلَا تَحْرِيمَ فِيهَا ، فَجَازَتْ الْإِجَارَةُ فِيهَا^(١٤) ، وَأُخِذَ الْأَجْرُ عَلَيْهَا ، كَسَائِرِ الْمَنَافِعِ الْمُبَاحَةِ .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجَرَ كَحَالًا لِيَكْحَلَ عَيْنُهُ ؛ لِأَنَّهُ عَمَلٌ جَائِزٌ ، وَيُمْكِنُ تَسْلِيمُهُ ، وَيَحْتَاجُ أَنْ يُقَدَّرَ ذَلِكَ بِالْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ غَيْرَ مَضْبُوطٍ ، فَيُقَدَّرُ بِهِ ، وَيَحْتَاجُ إِلَى بَيَانٍ قَدَرٍ مَا يَكْحَلُهُ مَرَّةً فِي كُلِّ يَوْمٍ أَوْ مَرَّتَيْنِ . فَأَمَّا / إِنْ قَدَّرَهَا بِالْبَرِّ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْلُومٍ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا بَأْسَ بِمُشَارَطَةِ الطَّبِيبِ عَلَى الْبَرِّ ؛ لِأَنَّ أَبَا سَعِيدٍ حِينَ رَفَى الرَّجُلَ ، شَارَطَهُ عَلَى الْبَرِّ^(١٥) . وَالصَّحِيحُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ أَنْ هَذَا يَجُوزُ ، لَكِنْ يَكُونُ جَعَالَةً لَا إِجَارَةً ، فَإِنَّ الْإِجَارَةَ لَا يَدْفَعُهَا مِنْ مُدَّةٍ ، أَوْ عَمَلٍ مَعْلُومٍ ، فَأَمَّا الْجَعَالَةُ ، فَتَجُوزُ عَلَى عَمَلٍ مَجْهُولٍ ، كَرَدِّ اللَّقْطَةِ وَالْآبِقِ ، وَحَدِيثُ

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « يَكْرَهُ » .

(١٣) فِي ب ، م ، : « مُخْتَصٌّ » .

(١٤) سَقَطَ مِنْ : ب ، م ، .

(١٥) يَأْتِي الْحَدِيثُ بِتَامِهِ وَتَفْرِيغِهِ فِي الْمَسْأَلَةِ التَّالِيَةِ فِي صَفْحَةِ ١٣٧ .

أبى سَعِيدٍ فِي الرُّقِيَّةِ إِنَّمَا كَانَ جَعَالَةً ، فَيَجُوزُ هَهُنَا مِثْلُهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْكُحْلَ
 إِنْ كَانَ مِنَ الْعَلِيلِ جَازَ ؛ لِأَنَّ آلَاتِ الْعَمَلِ تَكُونُ مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ ، كَاللَّبَنِ فِي الْبِنَاءِ وَالطَّيْنِ
 وَالْأَجْرِ وَنَحْوِهَا . وَإِنْ شَارَطَهُ ^(١٦) عَلَى الْكُحْلِ ^(١٧) ، جَازَ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَحْتَمِلُ
 أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِأَنَّ الْأَعْيَانَ لَا تُمْلِكُ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ ، فَلَا يَصِحُّ اشْتِرَاؤُهُ عَلَى الْعَامِلِ ، كَلْبِنِ
 الْحَائِطِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةٌ بِهِ ^(١٨) ، وَيَشُقُّ عَلَى الْعَلِيلِ تَحْصِيلُهُ ، وَقَدْ يَعْجِزُ عَنْهُ
 بِالْكُلِّيَّةِ ، فَجَازَ ذَلِكَ ، كَالصَّبْغِ مِنَ الصَّبَّاغِ ، وَاللَّبَنِ فِي الرِّضَاعِ ، وَالْحَبْرِ وَالْأَقْلَامِ
 مِنَ الْوَرَقِ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَنْتَقِضُ ^(١٩) بِهَذِهِ الْأُصُولِ . وَفَارَقَ لَبِنَ الْحَائِطِ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ
 تَحْصِيلُ الْمُسْتَأْجِرِ لَهُ ، وَلَا يَشُقُّ ذَلِكَ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَقَالَ أَصْحَابُ مَالِكٍ :
 يَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَهُ لِيُسْنِيَ لَهُ حَائِطًا وَالْأَجْرُ مِنْ عِنْدِهِ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَطَ مَا تَتِمُّ بِهِ الصَّنْعَةُ الَّتِي
 عَقَدَ عَلَيْهَا ، فَإِذَا كَانَ مُبَاحًا ^(٢٠) مَعْرُوفًا ، جَازَ ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهُ لِيَصْبُغَ ثَوْبًا ، وَالصَّبْغُ
 مِنْ عِنْدِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ عَقْدٌ عَلَى الْمَنْفَعَةِ ، فَإِذَا شَرَطَ فِيهِ بَيْعَ الْعَيْنِ ، صَارَ
 كَبَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ . وَيُفَارِقُ الصَّبْغَ ، وَمَا ذَكَرْنَا مِنَ الصُّورَةِ الَّتِي جَازَ فِيهَا ذَلِكَ ، مِنْ حَيْثُ
 إِنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةٌ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ تَحْصِيلَ الصَّبْغِ يَشُقُّ عَلَى صَاحِبِ الثَّوْبِ ، وَقَدْ يَكُونُ الصَّبْغُ
 لَا يَحْصُلُ إِلَّا فِي حَيْثُ يَحْتَاجُ إِلَى مُؤْنَةٍ كَثِيرَةٍ ، لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهَا فِي صَبْغِ هَذَا ^(٢١)
 الثَّوْبِ ، فَجَازَ ^(٢٢) لِمَسْيِسِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : وَإِذَا اسْتَأْجَرَهُ مُدَّةً ، فَكَحَلَهُ فِيهَا ، فَلَمْ تَبْرَأْ عَيْنَهُ ، اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ . وَبِهِ قَالَ
 الْجَمَاعَةُ . وَحُكِيَ عَنْ مَالِكٍ ، أَنَّهُ لَا يَسْتَحَقُّ أَجْرًا حَتَّى تَبْرَأَ عَيْنُهُ ، وَلَمْ يَحِلَّ ذَلِكَ
 أَصْحَابُهُ ، وَهُوَ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ قَدْ وَفَّى الْعَمَلَ الَّذِي وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَيْهِ ، فَوَجَبَ

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « شَرَطَهُ » .

(١٧) فِي الْأَصْلِ : « الْكِحَالِ » .

(١٨) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٩) فِي ب زِيَادَةً : « بِمَقْتَضَى » .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : ب .

له الأجر ، وإن لم يحصل العَرَضُ ، كما لو استأجره لبناء حائط يوماً ، أو لخيطة قميص ، فلم يتمه فيه . وإن برئت عينه في أثناء المدّة ، انفسخت الإجارة فيما بقي من المدّة ؛ لأنه قد تعدّر العمل ، فأشبهه مالو حَجَرَ عنه / أمر غائب ، وكذلك لو مات .
 ظ ١٢٤/٥
 فإن امتنع من الاكتحال مع بقاء المرض ، استحق الكحال الأجر بمضي المدّة ، كما لو استأجره يوماً للبناء فلم يستعمله فيه . فأما إن شارطه على البرء ، فإنه يكون جعالة^(٢١) ، فلا يستحق شيئاً حتى يوجد البرء ، سواء وجد قريباً أو بعيداً ، فإن برئ بغير كحله ، أو تعدّر^(٢٢) الكحل لموته ، أو غير ذلك من الموانع التي من جهة المستأجر ، فله أجر مثله ، كما لو عمل العامل في الجعالة ، ثم فسخ العقد . وإن امتنع لأمر من جهة الكحال ، أو غير الجاعل ، فلا شيء له . وإن فسخ الجاعل الجعالة بعد عمل الكحال ، فعليه أجر عمله ، فإن فسخ الكحال ، فلا شيء له ؛ لأنها جعالة ، فثبت^(٢٣) فيها ما ذكرناه .

فصل : ويجوز أن يستأجر طبيباً ليدأويه . والكلام فيه كالكلام في الكحال ، سواء ، إلا أنه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب ؛ لأن ذلك إنما جاز في الكحال على خلاف الأصل ، للحاجة إليه ، وجري العادة به ، فلم يوجد ذلك المعنى ههنا ، فثبت^(٢٣) الحكم فيه على وفق الأصل . والله أعلم .

فصل : ويجوز أن يستأجر من يقلع ضرسه ؛ لأنها منفعة مباحة مقصودة ، فجاز الاستئجار على فعلها ، كالختان . فإن أخطأ فقلع غير ما أمر بقلعه ، ضمنه ؛ لأنه من جنائبه . وإن برأ الضرس قبل قلعه ، انفسخت الإجارة ؛ لأن قلعه لا يجوز . وإن لم يبرأ ، لكن امتنع المستأجر من قلعه ، لم يجبر عليه ؛ لأن إلتلاف جزء من الأدمى مُحَرَّم في الأصل ، وإنما أبيع إذا صار بقاؤه ضرراً ، وذلك مفوض إلى كل إنسان في نفسه ،

(٢١) في الأصل : « حقاله » .

(٢٢) في الأصل : « امتنع » .

(٢٣) في الأصل : « فثبت » .

إذا كان أهلاً لذلك ، وصاحبُ الضررِ أعلمُ بمضرَّته ، ومنفعتِهِ^(٢٤) ، وقدِرَ أَلَمِهِ^(٢٥) .

فصل : ومن استتوجر على عملٍ موصوفٍ في الذمَّة ، كخِياطةٍ ، أو بناءٍ ، أو قلعِ ضررٍ ، فبذلَّ الأجيرُ نفسه للعملِ ، فلم يُمكنه المُستأجرُ ، لم تستقرَّ الأجرةُ بذلك ؛ لأنَّه عقَّدَ على المنفعةِ من غيرِ تقديرٍ^(٢٦) ، فلم يستقرَّ بدلُها بالبدلِ ، كالصدِّاقِ لا يستقرُّ ببذلِ المرأةِ نفسها . ويُفارقُ حبسَ الدَّابةِ مُدَّةَ الإجارةِ ؛ لأنَّ المنافعَ تَلَفَتْ^(٢٧) تحت يده^(٢٧) ، بخلافِ مسألتنا .

٩١٢ - مسألة ؛ قال : (وَلَا ضَمَانَ عَلَى الرَّاعِي إِذَا لَمْ يَتَعَدَّ)

لا نَعْلَمُ خِلَافًا فِي صِحَّةِ اسْتِجَارِ الرَّاعِي ، وَقَدْ دَلَّ عَلَيْهِ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى مُخْبِرًا عَنْ شُعَيْبٍ ، أَنَّهُ قَالَ : ﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَتَكَلِّمَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَاجٍ ﴾^(١) . وَقَدْ عَلِمَ أَنَّ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ ، إِنَّمَا آجَرَ نَفْسَهُ لِرِعَايَةِ الْعَنَمِ^(٢) . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَى الرَّاعِي فِيمَا تَلَفَ مِنَ الْمَاشِيَةِ / ، مَا لَمْ يَتَعَدَّ ، وَلَا نَعْلَمُ ١٢٥/٥ . فِيهِ خِلَافًا إِلَّا عَنِ الشَّعْبِيِّ ؛ فَإِنَّهُ رَوَى عَنْهُ أَنَّهُ ضَمَّنَ الرَّاعِي . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُؤْتَمِّنٌ عَلَى حِفْظِهَا ، فَلَمْ يَضْمَنْ مِنْ غَيْرِ تَعَدُّ ، كَالْمُودَعِ ، وَلِأَنَّهَا عَيْنٌ قَبْضُهَا بِحُكْمِ الْإِجَارَةِ ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا مِنْ غَيْرِ تَعَدُّ ، كَالْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ . فَأَمَّا مَا تَلَفَ بِتَعَدُّهِ ، فَيَضْمَنُهُ بغيرِ خِلَافٍ ، مِثْلُ أَنْ يَنَامَ عَنِ السَّائِمَةِ ، أَوْ يَغْفَلَ عَنْهَا ، أَوْ يَتْرُكُهَا تَتْبَاعِدُ مِنْهُ ، أَوْ تَغِيْبُ عَنْ نَظَرِهِ وَحِفْظِهِ ، أَوْ يَضْرِبُهَا^(٣) ضَرْبًا يُسْرِفُ فِيهِ ، أَوْ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ الضَّرْبِ ،

(٢٤) فِي الْأَصْلِ : « نَفْعُهُ » .

(٢٥) فِي ١ ، م : « الْمُدَّة » .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةُ : « مَنْفَعَةٌ » . وَفِي ب زِيَادَةُ : « مُدَّة » .

(٢٧ - ٢٧) فِي ب : « بِيَدِهِ » .

(١) سُورَةُ الْقَصَصِ ٢٧ .

(٢) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٥ .

(٣) فِي ب ، م : « ضَرْبُهَا » .

أو من غير حاجة إليه ، أو يَسْلُكُ^(٤) بها مَوْضِعًا تَعَرَّضُ فِيهِ لِلتَّلَافِ ، وَأَشْبَاهُ هَذَا مِمَّا يُعَدُّ تَفْرِيطًا وَتَعَدِّيًا ، فَتَتَلَفُ بِهِ ، فَعَلِيهِ ضَمَانُهَا ؛ لِأَنَّهَا تَلَفَتْ بِعُدْوَانِهِ ، فَضَمِنَهَا كَالْمُودِعِ إِذَا تَعَدَّى ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي التَّعَدَّى وَعَدَمِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاعِي ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ . وَإِنْ فَعَلَ فِعْلًا اخْتَلَفَا فِي كَوْنِهِ تَعَدِّيًا ، رُجِعَ إِلَى أَهْلِ الْخَبْرَةِ . وَلَوْ جَاءَ بِجِلْدِ شَاةٍ ، وَقَالَ : مَاتَتْ . قَبْلَ قَوْلِهِ ، وَلَمْ يَضْمَنْ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَضْمَنْ ، وَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ الْأَمْنَاءَ تُقْبَلُ أَقْوَالُهُمْ ، كَالْمُودِعِ ، وَلِأَنَّهُ يَتَعَدَّرُ عَلَيْهِ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ فِي الْغَالِبِ ، فَأَشْبَهُهُ الْمُودِعُ . وَكَذَلِكَ لَوْ ادَّعَى مَوْتَهَا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَأْتِيَ بِجِلْدِهَا .

فصل : وَلَا يَصِحُّ الْعَقْدُ فِي الرَّغْيِ إِلَّا عَلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ لَا يَنْحَصِرُ . وَيَجُوزُ الْعَقْدُ عَلَى رَغْيٍ مَاشِيَةٍ مُعَيَّنَةٍ ، وَعَلَى جِنْسٍ فِي الذِّمَّةِ ، فَإِنْ عَقَدَ عَلَى مَاشِيَةٍ^(٥) مُعَيَّنَةٍ ، فَذَكَرَ أَصْحَابُنَا أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِأَعْيَانِهَا ، كَالْوِاسْتِأْجَرِ لِحِيطَةِ ثَوْبٍ بِعَيْنِهِ ، فَلَا يَجُوزُ إِبْدَالُهُ^(٦) ، وَيَبْطُلُ الْعَقْدُ بِتَلَفِهَا . وَإِنْ تَلَفَ بَعْضُهَا ، بَطُلَ عَقْدُ الْإِجَارَةِ فِيهِ ، وَلَهُ أَجْرُ مَا بَقِيَ مِنْهَا بِالْحِصَّةِ . وَإِنْ وَلَدَتْ سِحَالًا^(٧) ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ رَغْيُهَا ؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ لَمْ يَتَنَوَّلْهَا الْعَقْدُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَتَعَلَّقَ بِأَعْيَانِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا لِيَسْتِ الْمَعْقُودَ عَلَيْهَا ، وَإِنَّمَا يَسْتَوْفِي الْمَنْفَعَةَ بِهَا ، فَأَشْبَهُهُ مَا لَوْ اسْتَأْجَرَ ظَهَرَ الْيَرَّ كَبَهُ ، جَازَ أَنْ يَرْكَبَ غَيْرَهُ مَكَانَهُ ، وَلَوْ اسْتَأْجَرَ دَارًا لِيَسْكُنَهَا ، جَازَ أَنْ يُسْكِنَهَا مِثْلَهُ^(٨) ، وَلَوْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِيَزْرَعَهَا حِنْطَةً ، جَازَ أَنْ يَزْرَعَهَا مَا هُوَ مِثْلُهَا فِي الضَّرَرِ ، أَوْ أَدْنَى مِنْهَا ، وَإِنَّمَا الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ مَنْفَعَةُ الرَّاعِي ، وَلِهَذَا يَجِبُ لَهُ الْأَجْرُ إِذَا سَلَّمَ نَفْسَهُ وَإِنْ لَمْ يَزَعْ^(٨) . وَيُفَارِقُ الثَّوْبَ فِي الْخِيَاطَةِ ؛ لِأَنَّ الثِّيَابَ فِي مَظَنَّةِ الْاِخْتِلَافِ ، فِي سَهُولَةِ خِيَاطَتِهَا وَمَشَقَّتِهَا ، بِخِلَافِ

(٤) فِي ب ، م : « سَلَكَ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٦) فِي الْأَصْلُ : « إِبْدَالُهَا » .

(٧) السَّخْلَةُ : وَلَدُ الشَّاةِ .

(٨) فِي الْأَصْلُ : « يَزْرَعُ » .

الرَّغَى . فعلى هذا ، له إبدؤها بعثلها . وإن تَلَفَ بعضها ، لم يَنْفَسِخِ الْعَقْدُ فِيهِ ، وكان له إبدأه . وإن وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَى مَوْصُوفٍ / فِي الدَّمَةِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ جِنْسِ الْحَيَوَانِ ١٢٥/٥ ط وَنَوْعِهِ ، إِبِلًا ، أَوْ بَقَرًا ، أَوْ غَنَمًا ، أَوْ ضَأْنًا ، أَوْ مَعْزًا . وَإِنْ أَطْلُقَ ذِكْرَ الْبَقَرِ وَالْإِبِلِ ، لَمْ يَتَنَاوَلِ الْجَوَامِيسَ وَالْبَحَائِثَ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الْأَسْمِ لَا يَتَنَاوَلُهَا عُرْفًا . وَإِنْ وَقَعَ الْعَقْدُ فِي مَكَانٍ يَتَنَاوَلُهَا إِطْلَاقُ الْأَسْمِ ، احتاجَ إِلَى ذِكْرِ نَوْعٍ مَا يَرَاهُ مِنْهَا ، كَالْغَنَمِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ نَوْعٍ لَهُ أَثَرٌ فِي إِثْعَابِ الرَّاعِي ، وَيَذْكُرُ الْكَبِيرَ وَالصَّغَرَ ، فيقول : كِبَارًا أَوْ سِخَالًا ، أَوْ عَجَاجِيلَ أَوْ فَصْلَانًا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ نَمًّا^(٩) قَرِينَةً ، أَوْ عُرْفَ صَارِفٍ إِلَى بَعْضِهَا ، فَيُعْنِي عَنْ الذِّكْرِ . وَإِذَا عَقَدَ عَلَى عَدَدٍ^(١٠) مَوْصُوفٍ كَالْمَائَةِ ، لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ رَغَى زِيَادَةٍ عَلَيْهَا ، لَا مِنْ سِخَالِهَا وَلَا مِنْ غَيْرِهَا . وَإِنْ أَطْلُقَ الْعَقْدَ لَمْ يَذْكُرْ عَدَدًا ، لَمْ يَجُزْ . وَهَذَا ظَاهِرٌ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَصِحُّ ، وَيَحْمَلُ عَلَى مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ ، كَالْمَائَةِ مِنَ الْغَنَمِ وَنَحْوِهَا . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ فِي ذَلِكَ تُخْتَلِفُ وَتَتَبَايُنُ كَثِيرًا ، إِذَا الْعَمَلُ^(١١) يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهِ .

فصل : فيما تجوزُ إجارته ، تجوزُ إجارةُ كُلِّ عَيْنٍ يُمكنُ أَنْ يُتَنَفَّعَ بِهَا مِنْفَعَةً مُبَاحَةً ، معَ بَقَائِهَا بِحُكْمِ الْأَصْلِ ، كَالْأَرْضِ ، وَالْدارِ ، وَالْعَبْدِ ، وَالْبَهِيمَةِ ، وَالنَّيَابِ ، وَالْفَسَاطِيطِ ، وَالْجِبَالِ ، وَالْخِيَامِ ، وَالْمَحَامِلِ ، وَالسُّرُجِ^(١٢) ، وَاللُّجَمِ^(١٣) ، وَالسَّيْفِ ، وَالرُّمَحِ ، وَأَشْبَاهَ ذَلِكَ . وَقَدْ ذَكَّرْنَا كَثِيرًا مِمَّا تجوزُ إجارتهُ فِي مَوَاضِعِهِ . وَتَجُوزُ إجارةُ الْحَلِيِّ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِهِ عَبْدِ اللَّهِ . وَبِهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ فِي إِجَارَةِ الْحَلِيِّ : مَا أَدْرَى مَا هُوَ ؟ قَالَ الْقَاضِي : هَذَا^(١٤) مَحْمُولٌ عَلَى إِجَارَتِهِ بِأَجْرَةِ

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) سقط من : ب .

(١١) في الأصل : « والعمل » .

(١٢) في ب ، م : « والسرج » .

(١٣) في ب ، م : « واللجام » .

(١٤) في ب ، م : « هو » .

من جنسه ، فأما بغير جنسه ، فلا بأس به ، لتصريح أحمد بجوازه . وقال مالك ، في إجارة الحلي والثياب : ^(١٥) هو من المشتبهات . ولعله يذهب إلى أن المقصود بذلك الزينة ، وليس ذلك من المقاصد الأصلية . ومن منع ذلك بأجر من جنسه ، فقد احتج له بأنها تحتك بالاستعمال ، فيذهب منها أجزاء وإن كانت يسيرة ، فيحصل الأجر في مقابلتها ، ومقابلة الانتفاع بها ، فيفضى إلى بيع ذهب بذهب وشيء آخر . ولنا ، أنها عين ينتفع بها منفعة مباحة مقصودة ، مع بقاء عينها ، فأشبهت سائر ما تجوز إجارته ، والزينة من المقاصد الأصلية ؛ فإن الله تعالى امتن بها علينا بقوله تعالى : ﴿ لَتَرَكِبُوهَا زِينَةً ﴾ ^(١٦) . وقال تعالى : ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ ﴾ ^(١٧) . وأباح الله تعالى من التحلى واللباس للنساء ما حرمه على الرجال ، لحاجتهن إلى التزين للأزواج ، وأسقط الزكاة عن حليهن معونة لهن على اقتنائه . وما ذكروه من نقصها بالاحتكاك لا يصح ؛ لأن ذلك يسير ، لا يقابل بعوض ، ولا يكاد يظهر في وزن ، ولو ظهر فالأجر في مقابلة الانتفاع ، لا في مقابلة الأجزاء ؛ لأن الأجر في الإجارة ، إنما هو عوض المنفعة ، كما في سائر المواضع ، ولو كان في مقابلة الجزء الذاهب ^(١٨) ، لما جاز إجارة أحد التقدين بالآخر ؛ لإفضائه إلى الفرق ^(١٩) في معاوضة أحدهما بالآخر قبل القبض . والله أعلم .

١٢٦/٥

فصل : وتجوز إجارة الدراهم والدنانير ، للوزن والتحلى ، في مدة معلومة . وبه قال أبو حنيفة . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والوجه الآخر ، أنها لا تجوز إجارتهما ؛ لأن هذه المنفعة ليست المقصودة ^(٢٠) منها ، ولذلك لا تضمن منفعتها بعصبيها ، فأشبهت الشمع . ولنا ، أنها عين أمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها منفعة

(١٥) في م زيادة : « ما » .

(١٦) سورة النحل ٨ .

(١٧) سورة الأعراف ٣٢ .

(١٨) في الأصل : « الزائد » .

(١٩) في الأصل : « الفرق » .

(٢٠) في ب ، م : « المقصود » .

مُبَاحَةً ، فَأَشْبَهَتِ الْحَلَى ، وَفَارَقَتْ^(٢١) الشَّمْعَ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ إِلَّا بِمَا تَتَلَفُ^(٢٢) عَيْنُهُ .
 إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِنْ ذَكَرَ مَا يَسْتَأْجِرُهُ لَهُ ، وَعَيْنُهُ ، فَحَسَنٌ ، وَإِنْ أَطْلَقَ الْإِجَارَةَ ،
 فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : تَصِيحُ الْإِجَارَةِ ، وَيَنْتَفِعُ بِهَا فِيمَا شَاءَ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ مَنَفْعَهُمَا فِي
 الْإِجَارَةِ مُتَعَيَّنَةٌ فِي التَّحْلَى وَالْوَزْنِ ، وَهُمَا مُتَقَارِبَانِ ، فَوَجَبَ أَنْ تُحْمَلَ الْإِجَارَةُ عِنْدَ
 الْإِطْلَاقِ عَلَيْهِمَا ، كَأَسْتَعْجَارِ الدَّارِ مُطْلَقًا ، فَإِنَّهُ يَتَنَاوَلُ السُّكْنَى ، وَوَضَعَ الْمَتَاعَ فِيهَا .
 وَقَالَ الْقَاضِي : لَا تَصِيحُ الْإِجَارَةُ ، وَتَكُونُ قَرْضًا . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ
 الْإِجَارَةَ تَقْتَضِي الْإِنْتِفَاعَ ، وَالْإِنْتِفَاعُ الْمُعْتَادُ بِالذَّرَاهِمِ وَالذَّنَائِيرِ إِنَّمَا هُوَ بِأَعْيَانِهَا ،
 فَإِذَا أُطْلِقَ الْإِنْتِفَاعُ ، حُمِلَ عَلَى الْإِنْتِفَاعِ الْمُعْتَادِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَا تَصِيحُ
 الْإِجَارَةُ ، وَلَا تَكُونُ قَرْضًا ؛ لِأَنَّ التَّحْلَى يَنْقُصُهَا ، وَالْوَزْنُ لَا يَنْقُصُهَا ، فَقَدْ اخْتَلَفَتْ
 جِهَةُ الْإِنْتِفَاعِ ، فَلَمْ يَجُزْ إِطْلَاقُهَا . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُعَبَّرَ بِهَا عَنِ الْقَرْضِ ؛ لِأَنَّ الْقَرْضَ
 تَمْلِيكَ لِلغَيْرِ ، وَالْإِجَارَةُ تَقْتَضِي الْإِنْتِفَاعَ مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ ، فَلَمْ يَجُزِ التَّعْيِيرُ بِأَحَدِهِمَا
 عَنِ الْآخَرِ . وَلِأَنَّ التَّسْمِيَةَ وَالْأَلْفَاظَ تَوْخُذُ نَقْلًا ، وَلَمْ يُعْهَدْ فِي اللِّسَانِ التَّعْيِيرُ بِالْإِجَارَةِ
 عَنِ الْقَرْضِ . وَقَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ أَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ مَتَى أُمِكنَ حَمْلُهُ
 عَلَى الصَّحَّةِ ، كَانَ أَوْلَى مِنْ إِفْسَادِهِ ، وَقَدْ أُمِكنَ حَمْلُهُ عَلَى إِجَارَتِهَا لِلجِهَةِ الَّتِي تُجُوزُ
 / إِجَارَتُهَا فِيهَا . وَقَوْلُ الْقَاضِي لَا يَصِيحُ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ إِنَّمَا تَقْتَضِي انْتِفَاعًا مَعَ بَقَاءِ
 الْعَيْنِ ، فَلَا تُحْمَلُ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ . وَمَا ذَكَرَ الْآخَرُونَ مِنْ نَقْصِ الْعَيْنِ بِالِاسْتِعْمَالِ فِي
 التَّحْلَى فَبَعِيدٌ ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ يَسِيرٌ لَا أَثَرَ لَهُ ، فَوْجُودُهُ كَعَدَمِهِ .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ شَجَرًا وَنَخِيلًا ، لِيُجَفِّفَ عَلَيْهَا الثِّيَابَ ، أَوْ يَسْطِطَهَا عَلَيْهَا
 لِيَسْتَظِلَّ بِظِلِّهَا ، وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي ذَلِكَ وَجْهَانِ ؛ لِمَا ذَكَرُوهُ فِي الْأَثْمَانِ . وَلَنَا ،
 أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ مَقْطُوعَةً ، لَجَازَ اسْتِعْجَارُهَا لِذَلِكَ ، فَكَذَلِكَ إِذَا كَانَتْ ثَابِتَةً ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ
 الْإِنْتِفَاعَ يَحْصُلُ بِهِمَا عَلَى السَّوَاءِ فِي الْحَالَتَيْنِ ، فَمَا جَازَ فِي إِحْدَاهُمَا يَجُوزُ فِي الْآخَرَى ،

(٢١) فِي ب ، م : « وَفَارَقَ » .

(٢٢) فِي ب ، م : « أَتَلَفَ » .

ولأنّها شجرةٌ ، فجاز استئجارها لذلك كالمقطوعة ، ولأنّها منفعةٌ مقصودةٌ ، يُمكن استيفائها مع بقاء العين ، فجاز العقد عليها ، كما لو كانت مقطوعةً ، ولأنّها عينٌ ، يُمكن استيفاء هذه المنفعة منها ، فجاز استئجارها لها ، كالجبال والخشب والشجر المقطوع .

فصل : ويجوز استئجار غنمٍ لتدوس له طيناً أو زرعاً . ولأصحاب الشافعيّ فيه وجهان ؛ لأنّها منفعةٌ غير مقصودةٍ من هذا الحيوان ، فأشبهت النخيل . ولنا ، أنّها منفعةٌ مباحةٌ ، يُمكن استيفائها من العين مع بقائها ، فأشبهت استئجار البقر ليداس الزرع .

فصل : ويجوز استئجار ما يبقى من الطيب والصنديل وأقطع الكافور والنّد ، لشتمه^(٢٣) المرضى وغيرهم مدّةً ، ثم يرده^(٢٤) ؛ لأنّها منفعةٌ مباحةٌ ، فأشبهت الوزن والتحلّى ، مع أنّه لا ينفك من إخلاقٍ وبلى .

فصل : وتجوز إجارة الحائط ، ليضع عليها خشباً معلوماً ، مدّة معلومة . وبه قال الشافعيّ . وقال أبو حنيفة : لا يجوز . ولنا ، أنّ هذه منفعةٌ مقصودةٌ ، مقدورٌ على تسليمها واستيفائها ، فجاز عقد الإجارة عليها ، كاستئجار السطح للنوم عليه .

فصل : ويجوز استئجار دارٍ يتخذها مسجداً يصلّى فيه . وبه قال مالك ، والشافعيّ . وقال أبو حنيفة : لا يصح ؛ لأنّ فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بعقد إجارةٍ بحال ، فلا تجوز الإجارة لذلك . ولنا ، أنّ هذه منفعةٌ مباحةٌ ، يُمكن استيفائها من العين مع بقائها ، فجاز استئجار العين لها ، كالسكنى ، ويفارق الصلاة ، فإنّها لا تدخلها النيابة ، بخلاف بناء المساجد .

(٢٣) في الأصل : « ليشتمه » .

(٢٤) في ب ، م : « يردها » .

فصل: وذَكَرَ ابنُ عَقِيلٍ ، أَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِجَارُ الْبَيْرِ ، لِيَسْتَقَى مِنْهَا أَيَّامًا مَعْلُومَةً ؛ لِأَنَّ هَوَاءَ الْبَيْرِ وَعُمُقَهَا فِيهِ نَوْعُ انْتِفَاعٍ بِمُرُورِ الدَّلْوِ فِيهِ ، وَأَمَّا نَفْسُ الْمَاءِ ، فَيُؤْخَذُ عَلَى أَصْلِ الْإِبَاحَةِ .

فصل: وَيَجُوزُ اسْتِجَارُ الْفَهْدِ وَالْبَارِي وَالصَّقَرِ لِلصَّيْدِ ، فِي مَدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ؛ لِأَنَّ فِيهِ نَفْعًا مُبَاحًا تَجُوزُ إِعَارَتُهُ لَهُ ، فَجَازَتْ إِجَارَتُهُ لَهُ ، كَالدَّائِيَةِ . وَتَجُوزُ إِجَارَةُ كُتُبِ الْعِلْمِ ، الَّتِي يَجُوزُ بَيْعُهَا لِلانْتِفَاعِ بِهَا فِي الْقِرَاءَةِ فِيهَا ، وَالنَّسْخِ مِنْهَا ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَتَجُوزُ إِجَارَةُ دَرَجٍ فِيهِ خَطٌّ حَسَنٌ ، يَكْتُوبُ عَلَيْهِ ، وَيَتِمَثَّلُ مِنْهُ ؛ لِذَلِكَ .

فصل: وَمَا لَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ أَقْسَامٌ :

أَحَدُهَا ، مَا لَا يُمْكِنُ الْانْتِفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ، كَالْمَطْعُومِ وَالْمَشْرُوبِ ، وَالشَّمْعِ لِيُشْعِلَهُ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ عَقْدٌ عَلَى الْمَنَافِعِ ، وَهَذِهِ لَا يُنْتَفَعُ بِهَا إِلَّا بِاثْلَافِ عَيْنِهَا ، فَإِنْ اسْتَأْجَرَ شَمْعَةً يُسْرِجُهَا ، وَيُرَدُّ بِفَيْتِهَا ، وَثَمَنَ مَا ذَهَبَ ، وَأَجَرَ الْبَاقِي ، كَانَ فَاسِدًا ؛ لِأَنَّهُ يَشْمَلُ بَيْعًا وَإِجَارَةً ، وَمَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْبَيْعُ مَجْهُولٌ ، وَإِذَا جُهِلَ الْمَبِيعُ جُهِلَ الْمُسْتَأْجَرُ أَيْضًا ، فَيَفْسُدُ الْعَقْدَانِ ، وَلَوْ اسْتَأْجَرَ شَمْعًا لِيَتَجَمَّلَ بِهِ ، وَيُرَدَّهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُشْعَلَ مِنْهُ شَيْئًا ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِمَنْفَعَةٍ مَرْغُوبَةٍ فِي الشَّرْعِ ، فَبَدُلَ الْمَالِ فِيهِ سَقَّةٌ ، وَأَخَذَهُ أَكُلَ مَالٍ بِالْبَاطِلِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ ^(٢٥) خُبْرًا لِيَنْظُرَ إِلَيْهِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ اسْتَأْجَرَ ^(٢٥) طَعَامًا لِيَتَجَمَّلَ بِهِ عَلَى مَا دَتَهُ ، ثُمَّ يُرَدَّهُ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَهَكَذَا سَائِرُ الْأَشْيَاءِ ، وَلَا يَصِحُّ اسْتِجَارُ مَا لَا يَبْقَى ^(٢٦) مِنَ الرِّيَاحِينِ ، كَالْوَرْدِ وَالتَّنْفَسِجِ وَالرِّيْحَانِ الْفَارِسِيِّ ، وَأَشْبَاهِهِ ، لِشَمِّهَا ؛ لِأَنَّهَا تَتَلَفُ عَنْ قُرْبٍ ، فَأَشْبَهَتْ الْمَطْعُومَاتِ . وَلَا يَجُوزُ اسْتِجَارُ الْعَنَمِ ، وَلَا الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ ، لِيَأْخُذَ لَبْنَهَا ، وَلَا لِيَسْتَرْضِعَهَا لِسَخَالِهِ ^(٢٧) وَنَحْوَهَا ، وَلَا اسْتِجَارُهَا لِيَأْخُذَ صُوفَهَا ، وَلَا شَعْرَهَا ،

(٢٥ - ٢٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ : « يَتَنَاقَى » .

(٢٧) فِي الْأَصْلِ : « اسْتَحَالَهُ » تَحْرِيفٌ . وَفِي م : « السَّخْلَةُ » .

ولا وَبَرَّهَا ، ولا اسْتَعْجَارُ شَجَرَةٍ ، لِتَأْخُذَ ثَمَرَتَهَا ، أو شيئا من عَيْنِهَا .

فصل : ولا تجوزُ إِجَارَةُ الْفَحْلِ لِلضَّرَابِ . وهذا ظاهرُ مذهبِ الشافعيِّ ، وأصحابِ الرَّأْيِ ، وأبي ثَوْرٍ ، وابنِ الْمُنْذِرِ . وَخَرَّجَ أَبُو الْخَطَّابِ وَجْهًا فِي جَوَازِهِ ؛ لِأَنَّهُ انْتِفَاعٌ مُبَاحٌ ، وَالْحَاجَةُ تَدْعُو إِلَيْهِ ، فَجَازَ ، كإِجَارَةِ الظُّفْرِ لِلرِّضَاعِ^(٢٨) ، وَالْبَيْتِ لِيَسْتَقِيَ مِنْهَا الْمَاءُ ؛ وَلِأَنَّهَا مَنْفَعَةٌ تُسْتَبَاحُ بِالْإِعَارَةِ ، فَتُسْتَبَاحُ بِالْإِجَارَةِ ، كَسَائِرِ الْمَنَافِعِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الْحَسَنِ ، وَابْنِ سِيرِينَ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ عَسْبِ الْفَحْلِ :^(٢٩) مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٣٠) ، وَفِي لَفْظٍ : نَهَى عَنْ ضِرَابِ الْجَمَلِ . وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْمَاءَ الَّذِي يُخْلَقُ مِنْهُ الْوَلَدُ ، فَيَكُونُ عَقْدُ الْإِجَارَةِ لِاسْتِيفَاءِ عَيْنِ غَائِيَةٍ^(٣١) ، فَلَمْ يَجْزُ ، كإِجَارَةِ الْغَنَمِ لِأَخْذِ لَبَنِهَا ، وَهَذَا أَوَّلَى ؛ فَإِنَّ هَذَا الْمَاءَ مُحَرَّمٌ لِأَقِيمَةِ لَهُ ، فَلَمْ يَجْزُ أَخْذُ الْعَوَضِ / عَنْهُ ، كَالْمَيْتَةِ وَالْدَّمِ ، وَهُوَ مَجْهُولٌ ، فَأَشْبَهَ اللَّبَنَ فِي الضَّرْعِ . فَأَمَّا مَنْ أَجَازَهُ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُوقَعَ الْعَقْدُ عَلَى الْعَمَلِ ، وَيُقَدَّرَ بِمَرَّةٍ أَوْ مَرَّتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ . وَقِيلَ : يَقَعُ الْعَقْدُ عَلَى مُدَّةٍ . وَهَذَا بَعِيدٌ ؛ لِأَنَّ مَنْ أَرَادَ إِطْرَاقَ فَرَسِهِ مَرَّةً ، فَقَدَّرَهُ بِمُدَّةٍ تَزِيدُ عَلَى قَدْرِ الْفِعْلِ ، لَمْ يُمْكِنْ اسْتِيعَابُهَا بِهِ ، وَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى مِقْدَارِهِ ، فَرَبَّمَا لَا يَحْصُلُ الْفِعْلُ فِيهِ ، وَيَتَعَذَّرُ أَيْضًا ضَبْطُ مِقْدَارِ الْفِعْلِ ، فَيَتَعَيَّنُ التَّقْدِيرُ بِالْفِعْلِ ، إِلَّا أَنْ يَكْتَرِيَ فَحَلًا لِإِطْرَاقِ مَا شِئَتْ كَثِيرَةٌ ، كَفَحْلٍ يَتْرُكُهُ فِي إِبِلِهِ ، أَوْ تَيْسٍ فِي غَنَمِهِ ، فَإِنَّ هَذَا إِنَّمَا يَكْتَرِي مُدَّةً مَعْلُومَةً . وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِجَارَتُهُ ، فَإِنْ اِخْتِاجَ إِنْسَانٌ إِلَى ذَلِكَ ، وَلَمْ يَجِدْ مَنْ يُطْرِقُ لَهُ ، جَازَ لَهُ^(٣٢) أَنْ يَنْذَلَ الْكَرَاءَ ، وَلَيْسَ لِلْمُطْرِقِ أَخْذُهُ . قَالَ عَطَاءٌ : لَا يَأْخُذُ عَلَيْهِ شَيْئًا ، وَلَا بَأْسَ أَنْ يُعْطِيَهُ إِذَا لَمْ يَجِدْ مَنْ يُطْرِقُ^(٣٣) لَهُ . وَلِأَنَّ ذَلِكَ بَدَلُ

١٢٧/٥ ظ

(٢٨) سقط من : م .

(٢٩ - ٢٩) في ب : « رواية البخاري » .

وتقدم تخريجه في : ٣٠٣/٦ .

(٣٠) سقط من : الأصل ، ب .

(٣١) سقط من : ب .

(٣٢) في الأصل : « يطرقه » .

مال^(٣٣) لِتَحْصِيلِ مَنْفَعَةٍ مُبَاحَةٍ تَدْعُو الْحَاجَةُ إِلَيْهَا ، فَجَازَ ، كَشِرَاءِ الْأَسِيرِ ، وَرِشْوَةِ الظَّالِمِ لِيُدْفَعَ ظُلْمُهُ . وَإِنْ أَطْرَقَ إِنْسَانٌ فَحَلَّهُ بِغَيْرِ إِجَارَةٍ وَلَا شَرْطٍ ، فَأُهِدِيَتْ لَهُ هَدِيَّةٌ ، أَوْ أُكْرِمَ بِكَرَامَةٍ لِدَلِّكَ ، فَلَا بَأْسَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَعْرُوفًا ، فَجَازَتْ مُجَازَاتُهُ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أُهِدِيَ هَدِيَّةٌ .

فصل : القسم الثاني ، ما منفعته مُحَرَّمٌ ، كالزَّنى والزَّمر والنَّوح والغِنَاء ، فلا يجوزُ الاستِئْجَارُ^(٣٤) لِفِعْلِهِ . وبه قال مالِكٌ ، والشافِعِيُّ ، وأبو حنيفةٌ ، وصاحِبَاهُ ، وأبو ثَوْرٍ . وَكَرِهَ ذَلِكَ الشَّعْبِيُّ ، وَالنَّحْعِيُّ ؛ لِأَنَّهُ مُحَرَّمٌ ، فَلَمْ يَجْزِ الاستِئْجَارُ عَلَيْهِ ، كَمَا جَارَتْ أَمَتُهُ لِلزَّنى . وَلَا يَجُوزُ استِئْجَارُ كَاتِبٍ لِيَكْتُبَ لَهُ غِنَاءً وَتَوْحًا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ انْتِفَاعٌ بِمُحَرَّمٍ ، فَأَشْبَهَ مَا ذَكَرْنَا . وَلَا يَجُوزُ الاستِئْجَارُ عَلَى كِتَابَةِ شِعْرِ مُحَرَّمٍ ، وَلَا بَدْعَةٍ ، وَلَا شَيْءٍ مُحَرَّمٍ ؛ لِذَلِكَ . وَلَا يَجُوزُ الاستِئْجَارُ عَلَى حَمْلِ الْخَمْرِ لِمَنْ يَشْرِبُهَا ، وَلَا عَلَى حَمْلِ خِنْزِيرٍ وَلَا مَيْتَةٍ ؛ لِذَلِكَ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ لَا يَتَعَيَّنُ عَلَيْهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ حَمَلَهُ مِثْلُهُ جَازَ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ قَصَدَ إِرَاقَتَهُ أَوْ طَرَحَ الْمَيْتَةَ ، جَازَ . وَقَدَرُوا عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ حَمَلَ خِنْزِيرًا أَوْ مَيْتَةً أَوْ خَمَرَ النَّصْرَانِيَّ : أَكْرَهُ أَكْلَ كِرَائِهِ ، وَلَكِنْ يُقْضَى لِلْحَمَالِ بِالْكَرَاءِ ، فَإِذَا كَانَ لِمُسْلِمٍ فَهُوَ أَشَدُّ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ لِيُرِيَقَهَا ، فَأَمَّا لِلشَّرْبِ فَمَحْظُورٌ ، وَلَا يَجِلُّ أَخْذُ الْأَجْرَةِ عَلَيْهِ . وَهَذَا التَّأْوِيلُ بَعِيدٌ ؛ لِقَوْلِهِ : أَكْرَهُ أَكْلَ كِرَائِهِ ، / وَإِذَا كَانَ لِمُسْلِمٍ فَهُوَ أَشَدُّ . وَلَكِنَّ الْمَذْهَبَ خِلَافُ هَذِهِ الرَّوَايَةِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ لِفِعْلِ مُحَرَّمٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالزَّنى . وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَعَنَ حَامِلَهَا وَالْمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ^(٣٥) . وَقَوْلُهُ : لَا يَتَعَيَّنُ . يَنْطَلُ بِاسْتِئْجَارِ أَرْضٍ لِيَتَّخِذَهَا مَسْجِدًا . وَأَمَّا حَمْلُ هَذِهِ لِإِرَاقَتِهَا ، وَالْمَيْتَةِ لِطَرَحِهَا ، وَالاستِئْجَارِ لِلْكُتُفِ ، فَجَائِزٌ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ

(٣٣) سقط من : ب .

(٣٤) في ب زيادة : « عليه » .

(٣٥) تقدم تخريجه في : ٣١٨/٦ .

كله مُباح ، وقد استأجرَ النبي ﷺ أبا طيبة فحججه^(٣٦). وقال أحمد ، في رواية ابن منصور ، في الرجل يُؤجر^(٣٧) نفسه لِنظارة كَرَمِ النَّصْرَانِي^(٣٨) : يُكره ذلك ؛ لأن الأصل في ذلك راجع إلى الحَمْرِ .

فصل : ويكره أن يؤجر الرجل نفسه لكسح الكُنُف ، ويكره له أكل أجره ؛ لأن النبي ﷺ قال : « كَسَبُ الْحَجَّامِ خَبِيثٌ »^(٣٩) . ونهى الحر عن أكله ، فهذا أولى . وقد روى عن ابن عباس ، أن رجلاً حج ، ثم أتاه ، فقال له^(٤٠) : إني رجل أكنس ، فما ترى في مكسبي ؟ قال : أي شيء تكنس ؟ قال : العذرة ، قال : ومنه حججت ، ومنه تزوجت ؟ قال : نعم ، قال : أتت خبيث ، وحجك خبيث ، وما تزوجت خبيث . أو نحو هذا ، ذكره سعيد بن منصور ، في « سننه » بمعناه ، ولأن

(٣٦ - ٣٦) في م : « أبا طيبة لحججه » . وأبو طيبة مولى الأنصار . انظر ترجمته في : الإصابة ٢٣٣/٧ .
والحديث أخرجه البخاري ، في : باب ذكر الحجام ، وباب من أجرى أمر الأنصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيل والوزن وسنهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة ، من كتاب البيوع ، وباب ضريبة العبد ، وتعاهد ضرائب الإمام ، من كتاب الإجارة ، وباب الحجامة من الداء ، من كتاب الطب . صحيح البخاري ٨٢/٣ ، ١٠٣ ، ١٢٢ ، ١٦١/٧ ، ومسلم ، في : باب حل أجرة الحجامة ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٤/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في كسب الحجام ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢٣٩/٢ ، والترمذي ، في : باب ما جاء في الرخصة في كسب الحجام ، من كتاب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٨/٥ ، والدارمي ، في : باب في الرخصة في كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٧٢/٢ ، والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الحجامة وأجرة الحجام . الموطأ ٩٧٤/٢ ، والإمام أحمد ، في : المسند ١٠٠/٣ ، ١٧٤ ، ١٨٢ ، ٣٥٣ .

(٣٧) في الأصل : « يؤاجر » .

(٣٨) في الأصل : « النصاري » .

(٣٩) تقدم تخريجه في صفحة ١١٨ .

(٤٠) سقط من : ب ، م .

فيه دَنَاءَةٌ ، فَكَرِهَ ، كَالْحِجَامَةِ ، فَأَمَّا الْإِجَارَةُ فِي الْجُمْلَةِ ، فَجَائِزَةٌ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَيْهَا ، فَلَا تُتَدَفَعُ بِدُونِ إِبَاحَةِ الْإِجَارَةِ ، فَوَجَبَ إِبَاحَتُهَا ، كَالْحِجَامَةِ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ إِجَارَةُ دَارِهِ لِمَنْ يَتَّخِذُهَا كَنَيْسَةً ، أَوْ بَيْعَةً ، أَوْ يَتَّخِذُهَا لِبَيْعِ الْحَمْرِ ، أَوْ الْقِمَارِ . وَبِهِ قَالَ الْجَمَاعَةُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ يَبْتَئُكَ فِي السَّوَادِ ، فَلَا بَأْسَ أَنْ تُؤْجِرَهُ لَذَلِكَ . وَخَالَفَهُ صَاحِبَاهُ ، وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُهُ فِي تَأْوِيلِ قَوْلِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ فِعْلٌ مُحَرَّمٌ ، فَلَمْ تَجُزِ الْإِجَارَةُ عَلَيْهِ ، كَإِجَارَةِ عَبْدِهِ لِلْفُجُورِ . وَلَوْ اكْتَرَى ذِمِّيٌّ مِنْ مُسْلِمٍ دَارَهُ ، فَأَرَادَ بَيْعَ الْحَمْرِ فِيهَا ، فَلِصَاحِبِ الدَّارِ مَنَعُهُ . وَبِذَلِكَ قَالَ الثَّوْرِيُّ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِنْ كَانَ يَبْتَئُهُ ^(٤١) فِي السَّوَادِ وَالْجَبَلِ ، فَلَهُ أَنْ يَفْعَلَ مَا شَاءَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ فِعْلٌ مُحَرَّمٌ ، جَازَ الْمَنَعُ مِنْهُ فِي الْمِصْرِ ، فَجَازَ فِي السَّوَادِ ، كَقَتْلِ النَّفْسِ الْمُحَرَّمَةِ .

فصل : الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، مَا يَحْرُمُ بَيْعُهُ ، إِلَّا الْحُرُّ وَالْوَقْفُ وَأُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرُ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ إِجَارَتُهَا ، وَإِنْ حُرِّمَ بَيْعُهَا ، وَمَا عَدَا ذَلِكَ فَلَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ ، سِوَاءَ كَانَ مِمَّا ^(٤٢) لَا يَقْدَرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، كَالْعَبْدِ الْآبِقِ ، وَالْجَمَلِ النَّادِّ ، وَالْبَهِيمَةِ الشَّارِدَةِ ، وَالْمَعْصُوبِ مِنْ غَيْرِ غَاصِبِهِ ^(٤٣) مِمَّنْ لَا يَقْدَرُ عَلَى انْتِزَاعِهِ مِنْهُ ، فَإِنَّهُ لَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا تُجْهَلُ صِفَتُهُ ، فَإِنَّهُ لَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . أَوْ كَانَ مِمَّنْ لَا نَفْعَ فِيهِ ، كَسِبَاعِ الْبَهَائِمِ ، أَوِ الطَّيْرِ الَّتِي لَا تَصْلُحُ لِلْأَصْطِيَادِ . وَلَا تَجُوزُ إِجَارَةُ الْكَلْبِ ، وَلَا الْخِنْزِيرِ ، بِحَالٍ . وَيَتَخَرَّجُ جَوَازُ إِجَارَةِ الْكَلْبِ الَّذِي يُبَاحُ اقْتِنَاؤُهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ نَفْعًا مُبَاحًا تَجُوزُ إِعَارَتُهُ ^(٤٤) ، فَجَازَتْ إِجَارَتُهُ ^(٤٥) .

(٤١) فِي الْأَصْلِ : « بَيْتُكَ » .

(٤٢) فِي ب ، م : « مِمَّنْ » .

(٤٣) فِي ب ، م : « زِيَادَةُ : أَوْ » .

(٤٤) فِي م : « لَهُ إِجَارَتُهُ » .

(٤٥) فِي م : « زِيَادَةُ : لَهُ » .

كغيره . ولأصحاب الشافعي وجهان ، كهذين^(٤٦) . ولا تجوز إجارة ما لا يقدر
على تسليم منفعته ، سواء جاز بيعه أو لم يجز ، مثل أن يعصب منفعته ، بأن يدعى
إنسان أن هذه الدار في إجارته عامًا ، ويعلب صاحبها عليها ، فإنه لا تجوز إجارته في
هذا العام إلا من غاصبها ، أو ممن يقدر على أخذها منه . قال أصحابنا : ولا تجوز
إجارة المشاع لغير الشريك ، إلا أن يؤجر الشريكان معًا . وهذا قول أبي حنيفة ،
وزفر ؛ لأنه لا يقدر على تسليمه ، فلم تصح إجارته كالمعصوب ؛ وذلك لأنه لا يقدر
على تسليمه إلا بتسليم نصيب شريكه ، ولا ولاية له على مال شريكه . واختار أبو
حفص العكبري جواز ذلك . وقد أومأ إليه أحمد ، وهو قول مالك ، والشافعي ، وأبي
يوسف ، ومحمد ؛ لأنه معلوم يجوز بيعه ، فجازت إجارته كالمفرد^(٤٧) ، ولأنه عقد
في ملكه ، يجوز مع شريكه ، فجاز مع غيره كالبيع ، ولأنه يجوز إذا فعله الشريكان
معًا ، فجاز لأحدهما فعله في نصيبه مفردًا ، كالبيع . ومن نصر الأول فرق بين محل
التزاع وبين ما إذا أجره الشريكان ، أو أجره لشريكه ، بأنه يمكن التسليم إلى
المستأجر ، فأشبه إجارة المعصوب من غاصبه دون غيره . وإن كانت الدار لواحده ،
فأجر نصفها ، صح ؛ لأنه يمكنه تسليمه ، ثم إن أجر نصفها الآخر للمستأجر
الأول ، صح ؛ فإنه يمكنه تسليمه إليه ، وإن أجره لغيره ، ففيه وجهان ، بناءً على
المسألة التي قبلها ؛ لأنه لا يمكنه تسليم ما أجره إليه . وإن أجر الدار لثنين لكل واحد
منهما نصفها ، فكذلك ؛ لأنه لا يمكنه تسليم نصيب كل واحد منهما إليه .

فصل : وفي إجارة المصحف وجهان ؛ أحدهما ، لا تصح إجارته ، مبنياً على أنه
لا يصح بيعه ، وعلة ذلك إجلال كلام الله وكتابه عن المعاوضة به ، وأثبت إليه بالتمن

(٤٦) في ب زيادة : « فصل » .

(٤٧) في الأصل : « كالمفرد » ، وفي ب ، م : « كالمفروز » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

في البيع ، والأجر في الإجارة . والثاني ، تجوز إجارته . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه انتفاع مباح ، تجوز / الإعارة من أجله ، فجازت فيه الإجارة ، كسائر الكتب ، فأما سائر الكتب الجائز بيعها ، فتجوز إجارته . ومقتضى مذهب أبي حنيفة أنها لا تجوز إجارته ؛ لأنه علل منع إجارة المصحف بأنه ليس في ذلك أكثر من النظر إليه ، ولا تجوز الإجارة لمثل ذلك ، بدليل أنه لا يجوز أن يستأجر سقفا لينظر إلى عمله وتصاويره ، أو شمعاً ليتجمل به . ولنا ، أنه انتفاع مباح يحتاج إليه ، وتجوز الإعارة له ، فجازت إجارته ، كسائر المتافع . وفارق النظر إلى السقف ؛ فإنه لا حاجة إليه ، ولا جرت العادة بالإعارة من أجله . وفي مسألتنا يحتاج إلى القراءة في الكتب ، والتحفظ منها ، والنسخ والسماع منها والرواية ، وغير ذلك من الانتفاع المقصود المحتاج إليه .

فصل : ولا تجوز إجارة المسلم للذمي لخدمته . نص عليه أحمد ، في رواية الأثرم ، فقال : إن أجرة نفسه من الذمي في خدمته ، لم يجز ، وإن كان في عمل شيء ، جاز . وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر : تجوز ؛ لأنه تجوز له إجارة نفسه في غير الخدمة ، فجاز فيها ، كإجارته من المسلم . ولنا ، أنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر ، وإذلاله له ، واستخدامه ، أشبه البيع ، يحققه أن عقد الإجارة للخدمة يتعين فيه حبسه مدة الإجارة واستخدامه ، والبيع لا يتعين فيه ذلك ، فإذا منع منه ، فلا ينفع من الإجارة أولى . فأما إن أجرة نفسه منه في عمل معين في الذمة ، كخياطة ثوب ، وقصارته ، جاز بغير خلاف نعلمه ؛ لأن علياً رضي الله عنه ، أجرة نفسه من يهودي ، يستقي^(٤٨) له كل دلو بتمريرة ، وأخبر النبي ﷺ بذلك ، فلم ينكره^(٥٠) . وكذلك الأنصاري^(٤٩) . ولأنه عقد معاوضة لا يتضمن إذلال المسلم ، ولا استخدام ، أشبه مباحته . وإن أجرة نفسه منه لعمل غير الخدمة ، مدة

(٤٨) في ب ، م : « يسقى » .

(٤٩) الأول تقدم نخرجه في : ٢٠٨/٦ . والثاني في صفحة ٢١ .

مَعْلُومَةٌ ، جازَ أيضا ، في ظاهرِ كلامِ أحمد ؛ لقوله ، في رِوَايةِ الأَثَرِمْ : وإن كان في عَمَلِ شَيْءٍ ، جازَ . ونَقَلَ عنه أحمدُ بنُ سَعِيدٍ : لا بَأْسَ أَنْ يُوجَرَ نَفْسُهُ مِنَ الذَّمِّ . وهذا مُطْلَقٌ في تَوْعِي الإِجَارَةِ . وَذَكَرَ بعضُ أَصْحَابِنَا^(٥٠) ، أَنَّ ظاهِرَ كلامِ أحمدَ مَنعُ ذلكَ ، وَأشارَ إلى ما رَوَاهُ الأَثَرُمْ ، واحتَجَّ بأنَّه عَقْدٌ يَتَضَمَّنُ حَبْسَ المُسْلِمِ ، أَشْبَهَ البَيْعِ . والصَّحِيحُ ما ذَكَرْنَا ، وكلامُ أحمدَ إِنَّمَا يَدُلُّ على خِلَافِ ما قاله ، فَإِنَّهُ خَصَّ المَنعَ بِالِإِجَارَةِ لِلْخِدْمَةِ ، وَأجازَ إِجَارَتَهُ لِلْعَمَلِ . وهذا إِجَارَةٌ لِلْعَمَلِ . ويُفَارِقُ البَيْعَ ، فَإِنَّ فِيهِ إِبْتِاثَ المِلْكِ على المُسْلِمِ ، ويُفَارِقُ إِجَارَتَهُ لِلْخِدْمَةِ / ، لِتَضَمُّنِهَا الإِذْلالَ . ١٢٩/٥ ظ

فصل : نَقَلَ إبراهيمُ الحَرَبِيُّ ، عن أحمدَ ، أَنَّهُ سُئِلَ عن الرَّجُلِ يَكْتَرِي الدَّيْلَ يُوقِظُهُ لَوَقْتِ الصَّلَاةِ : لا يَجُوزُ ؛ وذلكَ لِأَنَّ ذلكَ يَقِفُ على فِعْلِ الدَّيْلِ ، ولا يُمَكِّنُ اسْتِخْرَاجَ ذلكَ مِنْهُ بِضَرْبٍ ولا غَيْرِهِ ، وقد يَصِيحُ ، وقد لا يَصِيحُ ، وربما صاحَ بعدَ الوقتِ .

فصل : القسمُ الرابعُ ، القُرْبُ التي يَخْتَصُّ فاعِلُها بِكَوْنِهِ من أَهْلِ القُرْبَةِ ، يَعْنِي أَنَّهُ يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مُسْلِمًا ، كالإِمَامَةِ ، والأَذَانِ ، والحَجِّ ، وتَعْلِيمِ القُرْآنِ . نَصَّ عليه أحمدُ . وبه قالَ عطاءُ ، والضَّحَّاكُ بنُ قَيْسٍ ، وأبو حَنِيفَةَ ، والزُّهْرِيُّ . وَكَرِهَ الزُّهْرِيُّ ، وإِسحاقُ تَعْلِيمِ القُرْآنِ بِأَجْرِ . وقالَ عبدُ اللَّهِ بنُ شَقِيقٍ : هذه الرُّغْفُ التي يَأْخُذُها المُعَلِّمُونَ مِنَ السُّحْتِ . وَمَنْ كَرِهَ أَجْرَةَ التَّعْلِيمِ^(٥١) مع الشَّرْطِ : الحَسَنُ ، وابنُ سِيرِينَ ، وطَاوُسُ ، والشَّعْبِيُّ ، والنَّخَعِيُّ . وعن أحمدَ ، رِوَايةٌ أُخْرَى ، يَجُوزُ ذلكَ . حَكَاهَا أبو الحَطَّابِ . ونَقَلَ أبو طَالِبٍ ، عن أحمدَ ، أَنَّهُ قالَ : التَّعْلِيمُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ يَتَوَكَّلَ هَؤُلَاءِ السُّلَاطِينُ ، وَمَنْ أَنْ يَتَوَكَّلَ لِرَجُلٍ مِنْ عَامَّةِ النَّاسِ فِي ضِيعَةٍ ، وَمَنْ أَنْ يَسْتَدِينَ وَيَتَجَرَّ ، لَعَلَّهُ لَا يَقْدِرُ على الوَفَاءِ ، فَيَلْقَى اللَّهُ تَعَالَى بِأَمَانَاتٍ النَّاسِ ، التَّعْلِيمُ أَحَبُّ إِلَيَّ . وهذا يَدُلُّ على أَنَّ مَنعَهُ مِنْهُ في مَوْضِعٍ مَنعُهُ لِلْكَرَاهَةِ ،

(٥٠) في الأصل : « أصحابه » .

(٥١) في الأصل : « المعلم » .

لِلتَّحْرِيمِ . وَمَنْ أَجَازَ ذَلِكَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَرَخَّصَ فِي أَجْوَرِ الْمُعْلَمِينَ أَبُو قَلَابَةَ وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ؛ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ زَوَّجَ رَجُلًا بِمَا مَعَهُ مِنَ الْقُرْآنِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٥٢) . وَإِذَا جَازَ تَعْلِيمُ الْقُرْآنِ عِوَضًا فِي بَابِ النِّكَاحِ ، وَقَامَ مَقَامَ الْمَهْرِ ، جَازَ أَخْذُ الْأُجْرَةِ عَلَيْهِ فِي الْإِجَارَةِ ، وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَحَقُّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللَّهِ » . حَدِيثٌ صَحِيحٌ ^(٥٣) . وَبَيَّنَتْ أَنَّ أَبَا سَعِيدٍ رَفَى رَجُلًا بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ عَلَى جُعْلٍ قَبْرًا ، وَأَخَذَ أَصْحَابَهُ الْجُعْلَ ، فَأَتَوْا بِهِ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَأَخْبَرُوهُ ، وَسَأَلُوهُ ، فَقَالَ : « لَعَمْرِي لَمْ يَأْكَلْ بِرِقِيَّةٍ بَاطِلٍ ، لَقَدْ أَكَلَتْ بِرِقِيَّةٌ حَقٌّ ، كُلُّوا وَاضْرِبُوا إِلَى مَعَكُمْ بِسَهْمٍ » ^(٥٤) . وَلِذَا جَازَ أَخْذُ الْأُجْرِ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ ، وَلِأَنَّهُ يَجُوزُ أَخْذُ الرِّزْقِ عَلَيْهِ مِنْ

(٥٢) أخرجه البخاري ، في : باب وكالة المرأة الإمام في النكاح ، من كتاب الوكالة ، وفي : باب خيركم من تعلم القرآن وعلمه ، وباب القراءة عن ظهر قلب ، من كتاب فضائل القرآن ، وفي : باب تزويج المعسر ... ، وباب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح ، وباب النظر إلى المرأة قبل التزويج ، وباب إذا كان الولي هو الخاطب ، وباب السلطان ولي ، وباب إذا قال الخاطب للولي زوجني فلانة ... ، وباب التزويج على القرآن وبغير صداق ، من كتاب النكاح ، وفي : باب خاتم الحديد ، من كتاب اللباس . صحيح البخاري ١٣٢/٣ ، ٢٣٦/٦ ، ٢٣٧ ، ٨/٧ ، ١٧ ، ١٩ ، ٢٢ ، ٢٣ ، ٢٤ ، ٢٦ ، ٢٠٢ . ومسلم ، في : باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٤١/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في التزويج على العمل يعمل ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٨٧/١ . والترمذي ، في : باب مما جاء في مهور النساء ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٣٤/٥ ، ٣٥ . والنسائي ، في : باب الكلام الذي ينعقد به النكاح ، وباب هبة المرأة نفسها لرجل بغير صداق ، من كتاب النكاح . المجتبى ٧٦/٦ ، ١٠٠ ، ١٠١ . وابن ماجه ، في : باب صداق النساء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٠٨/١ . والدارمي ، في : باب ما يجوز أن يكون مهرا ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٤٢/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٣٤/٥ ، ٣٣٦ .

(٥٣) تقدم تخريجه في صفحة ٣٩ .

(٥٤) أخرجه البخاري ، في : باب ما يعطى في الرقية على أحياء العرب بفاتحة الكتاب ، من كتاب الإجارة ، وفي : باب فاتحة الكتاب ، من كتاب فضائل القرآن ، وفي : باب الرقية بفاتحة الكتاب ، وباب النفث في الرقية ، من كتاب الطب . صحيح البخاري ١٢١/٣ ، ٢٣١/٦ ، ١٧٠/٧ ، ١٧٣ . ومسلم ، في : باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار ، من كتاب السلام . صحيح مسلم ١٧٢٧/٤ ، ١٧٢٨ . وأبو داود ، في : باب كسب الأطباء ، من كتاب البيوع ، وفي : باب كيف الرقية ، من كتاب الطب . سنن أبي داود ٢٣٧/٢ ، ٢٣٨ ، ٣٤٠ . والترمذي ، في : باب ما جاء في أخذ الأجر على التعويد ، من أبواب الطب . عارضة الأحوذى ٢٢٣/٨ . =

بَيْتِ الْمَالِ ، فَجَازَ أَخْذَ الْأَجْرِ عَلَيْهِ ، كِبَاءِ الْمَسَاجِدِ وَالْقَنَاطِرِ ، وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ يُحْتَاجُ إِلَى الْإِسْتِنَاءِ فِي الْحَجِّ عَمَّنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَجُّ وَعَجَزَ عَنْ فِعْلِهِ ، وَلَا يَكَادُ يُوجَدُ مُتَبَرِّعٌ بِذَلِكَ ، فَيُحْتَاجُ إِلَى بَذْلِ الْأَجْرِ فِيهِ . وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى ، مَا رَوَى عَثْمَانُ بْنُ أَبِي الْعَاصِ ، قَالَ : إِنَّ آخِرَ مَا عَاهَدَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، أَنْ اتَّخِذَ مُؤَدَّنًا لَا يَأْخُذُ عَلَى أَذَانِهِ أَجْرًا . قَالَ التِّرْمِذِيُّ (٥٥) : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَرَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الصَّامِتِ ، قَالَ : عَلَّمْتُ نَاسًا مِنْ أَهْلِ الصُّفَّةِ الْقُرْآنَ وَالْكِتَابَةَ ، فَأَهْدَى إِلَى رَجُلٍ مِنْهُمْ قَوْسًا ، قَالَ : قُلْتُ : قَوْسٌ وَلَيْسَتْ بِمَالٍ . قَالَ : قُلْتُ أَتَقْلُدُهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ . فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ . وَفَصَّ عَلَيْهِ الْقِصَّةَ ، قَالَ : « إِنْ سَرَّكَ أَنْ يُقْلِدَكَ اللَّهُ قَوْسًا مِنْ نَارٍ ، فَاقْبَلْهَا » (٥٦) . وَعَنْ أَبِي بِنِ كَعْبٍ ، أَنَّهُ عَلَّمَ رَجُلًا سُورَةَ مِنَ الْقُرْآنِ ، فَأَهْدَى إِلَيْهِ خَمِيصَةً (٥٧) أَوْ ثَوْبًا ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ : « لَوْ أَنَّكَ لَيْسَتْهَا ، أَوْ أَخَذْتَهَا ، أَلْبَسَكَ اللَّهُ مَكَانَهَا ثَوْبًا مِنْ نَارٍ » (٥٨) . وَعَنْ أَبِي ، قَالَ : كُنْتُ أُخْتَلِفُ إِلَى رَجُلٍ مُسِينٍ ، قَدْ أَصَابَتْهُ عِلَّةٌ ، قَدْ احْتَبَسَ فِي بَيْتِهِ أَقْرَبُهُ الْقُرْآنَ ، فَكَانَ عِنْدَ فَرَاغِهِ مِمَّا أَقْرَبُهُ يَقُولُ لِجَارِيَةٍ لَهُ : هَلُمِّي بِطَعَامٍ أُخِي . فَيُؤْتِي بِطَعَامٍ لَا آكُلُ مِثْلَهُ بِالْمَدِينَةِ ، فَحَاكَ فِي نَفْسِي مِنْهُ

= وابن ماجه ، في : باب أجر الرّاق ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٢٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/٣ ، ١٠ ، ٤٤ ، ٨٣ . أما قوله : « لعمري لمن أكل برقية باطل لقد أكلت برقية حق » . فأخرجه أبو داود في قصة الرجل المعتوه ، في : باب كسب الأطباء ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٣٨/٢ . وليست من رواية أبي سعيد .

(٥٥) أخرجه الترمذی ، في : باب في كراهية أن يأخذ على الأذان أجرًا ، من أبواب الصلاة . عارضة الأحوذی ١١/٢ . والنسائي ، في : باب اتخاذ المؤذن الذي لا يأخذ على أذانه أجرًا ، من كتاب الأذان . المجتبى ٢٠/٢ . وابن ماجه ، في : باب السنة في الأذان ، من كتاب الأذان . سنن ابن ماجه ٢٣٦/١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢١٧/٤ .

(٥٦) أخرجه أبو داود ، في : باب في كسب المعلم ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٣٧/٢ . وابن ماجه ، في : باب الأجر على تعليم القرآن ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٠/٢ . والحاكم ، في : باب نبی النبی ﷺ أن تباع السلع حيث يتباع حتى يجوزها التجار إلى رحالهم ، من كتاب البيوع . المستدرک ٤١/٢ .

(٥٧) الخميصة : ثوب أسود أو أحمر له أعلام .

(٥٨) أخرجه ابن ماجه ، في : باب الأجر على تعليم القرآن ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٠/٢ .

شَيْءٌ ، فَذَكَرْتُهُ لِلنَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ : « إِنْ كَانَ ذَلِكَ الطَّعَامُ طَعَامَهُ وَطَعَامَ أَهْلِهِ ، فَكُلْ مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَ يَتَحَفُّكَ بِهِ ، فَلَا تَأْكُلْهُ » . وعن عبد الرحمن بن شبيب الأنصاري ، قال : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « أَقْرَأُوا الْقُرْآنَ ، وَلَا تَعْلُوا فِيهِ ، وَلَا تَجْفُوا عَنْهُ ، وَلَا تَأْكُلُوا بِهِ ، وَلَا تَسْتَكْثِرُوا بِهِ »^(٥٩) . رَوَى هَذِهِ الْأَحَادِيثَ كُلُّهَا الْأَثَرُ^(٦٠) ، فِي « سُنَنِهِ » . وَلَأَنَّ مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ هَذِهِ الْأَفْعَالِ ، كَوْنُهَا قُرْبَةً إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ يَجْزِ أَخْذُ الْأَجْرِ عَلَيْهَا ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ قَوْمًا يُصَلُّونَ خَلْفَهُ الْجُمُعَةَ أَوْ التَّارَوِيحَ . فَأَمَّا الْأَخْذُ عَلَى الرُّقِيَةِ ، فَإِنَّ أَحْمَدَ اخْتَارَ جَوَازَهُ ، وَقَالَ : لَا بَأْسَ . وَذَكَرَ حَدِيثَ أَبِي سَعِيدٍ . وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا اخْتَلَفَ فِيهِ ، أَنَّ الرُّقِيَةَ نَوْعٌ مَدَاوِةٌ ، وَالْمَأْخُوذُ عَلَيْهَا جُعْلٌ ، وَالْمَدَاوِةُ يُنَاحُ أَخْذُ الْأَجْرِ عَلَيْهَا ، وَالْجَعَالَةُ أَوْسَعُ مِنَ الْإِجَارَةِ ، وَلِهَذَا تَجُوزُ مَعَ جِهَالَةِ الْعَمَلِ وَالْمُدَّةِ . وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « أَحَقُّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللَّهِ » . يَعْنِي بِهِ الْجُعْلُ أَيْضًا فِي الرُّقِيَةِ ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ ذَلِكَ^(٦١) فِي سِيَاقِ خَبَرِ الرُّقِيَةِ . وَأَمَّا جَعْلُ التَّعْلِيمِ صَدَاقًا^(٦٢) فَعَنَاهُ فِيهِ^(٦٣) اخْتِلَافٌ ، وَلَيْسَ فِي الْخَبَرِ تَصْرِيحٌ بِأَنَّ التَّعْلِيمَ صَدَاقٌ ، إِنَّمَا قَالَ : « زَوَّجْتُكُمَهَا عَلَى مَا مَعَكُمْ مِنَ الْقُرْآنِ » . فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ زَوَّجَهُ إِيَّاهَا بغيرِ صَدَاقٍ ، إِكْرَامًا لَهُ ، كَمَا زَوَّجَ أَبَا طَلْحَةَ أُمَّ سُلَيْمٍ عَلَى إِسْلَامِهِ^(٦٤) ، وَنُقِلَ عَنْهُ جَوَازُهُ . وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمَهْرِ وَالْأَجْرِ ، أَنَّ الْمَهْرَ لَيْسَ بِعَوَضٍ مُحَضَّرٍ ، وَإِنَّمَا وَجِبَ نِخْلَةٌ وَوُصْلَةٌ ، وَلِهَذَا جَازَ خُلُوعُ الْعَقْدِ عَنْ تَسْمِيَّتِهِ ، وَصَحَّ مَعَ فَسَادِهِ ، بِخِلَافِ الْأَجْرِ فِي غَيْرِهِ ، فَأَمَّا الرِّزْقُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، فَيَجُوزُ عَلَى مَا يَتَعَدَّى نَفْعُهُ مِنْ هَذِهِ الْأُمُورِ ؛ لِأَنَّ بَيْتَ الْمَالِ لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ ، فَإِذَا كَانَ بِذَلِكَ لِمَنْ يَتَعَدَّى نَفْعُهُ إِلَى الْمُسْلِمِينَ مُحْتَاجًا ط

إِلَيْهِ ، كَانَ مِنَ الْمَصَالِحِ ، وَكَانَ لِلَاخِذِ لَهُ أَخْذُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِهِ ، وَجَرَى مَجْرَى الْوَقْفِ عَلَى مَنْ يَقُومُ بِهِذِهِ الْمَصَالِحِ ، بِخِلَافِ الْأَجْرِ .

(٥٩) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤٢٨/٣ ، ٤٤٤ .

(٦٠) في ب زيادة : « بإسناده » .

(٦١) في م زيادة : « أيضا » .

(٦٢ - ٦٣) في ب ، م : « ففيه » .

(٦٣) انظر : الإصابة ٢٢٨/٨ .

فصل: فَإِنْ أُعْطِيَ الْمُعَلَّمُ شَيْئًا مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ ، فظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ جَوَازُهُ . وَقَالَ ،
 فِيمَا نَقَلَ عَنْهُ أَيُّوبُ بْنُ سَافَرٍ ^(٦٤) : لَا يَطْلُبُ ، وَلَا يُشَارِطُ ، فَإِنْ أُعْطِيَ شَيْئًا
 أَخَذَهُ . وَقَالَ ، فِي رِوَايَةِ أَحْمَدَ بْنِ سَعِيدٍ : أَكْرَهُ أَجْرَ الْمُعَلَّمِ إِذَا شَرَطَ . وَقَالَ : إِذَا كَانَ
 الْمُعَلَّمُ لَا يُشَارِطُ ، وَلَا يَطْلُبُ مِنْ أَحَدٍ شَيْئًا ، إِنْ أَتَاهُ شَيْءٌ قَبْلَهُ . كَأَنَّهُ يَرَاهُ أَهْوَنَ .
 وَكَرِهَهُ ^(٦٥) طَائِفَةٌ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ حَدِيثِ الْقَوْسِ وَالْحَمِيصَةِ اللَّتَيْنِ
 أُعْطِيَهُمَا أَبِيٌّ وَعُبَادَةُ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ . وَلَأنَّ ذَلِكَ قُرْبَةٌ ، فَلَمْ يَجْزُ أَخْذُ الْعَوَضِ عَنْهَا ،
 لَا بِشَرْطٍ وَلَا بِغَيْرِهِ ، كَالصَّلَاةِ وَالصِّيَامِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَا أَتَاكَ
 مِنْ هَذَا الْمَالِ مِنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ وَلَا إِشْرَافِ نَفْسٍ ، فَخُذْهُ ، وَتَمَوَّلْهُ ؛ فَإِنَّهُ رِزْقُ سَاقِهِ
 اللَّهُ إِلَيْكَ » ^(٦٦) . وَقَدْ أَرَخَصَ النَّبِيُّ ﷺ لِأَبِيٍّ فِي أَكْلِ طَعَامِ الذِّى كَانَ يُعَلِّمُهُ ، إِذَا
 كَانَ طَعَامَهُ وَطَعَامَ أَهْلِهِ . وَلَأنَّهُ إِذَا كَانَ بِغَيْرِ شَرْطٍ ، كَانَ هِبَةً مُجَرَّدَةً ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ
 لَمْ يُعَلِّمُهُ شَيْئًا . فَأَمَّا حَدِيثُ الْقَوْسِ وَالْحَمِيصَةِ ، فَقَضِيَّتَانِ فِي عَيْنٍ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّ النَّبِيَّ
 ﷺ عَلِمَ أَنَّهُمَا فَعَلَا ذَلِكَ لِلَّهِ خَالِصًا ، فَكَرِهَ أَخْذَ الْعَوَضِ عَنْهُ ^(٦٧) مِنْ غَيْرِ اللَّهِ تَعَالَى .
 وَيَحْتَمِلُ غَيْرَ ذَلِكَ . وَإِنْ أُعْطِيَ الْمُعَلَّمُ أَجْرًا عَلَى تَعْلِيمِ الصَّبِيِّ الْخَطَّ وَحِفْظِهِ ، جَازَ .
 نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : إِنْ كَانَ الْمُعْطَى يَتَوَى أَنْ يُعْطِيَهُ لِحِفْظِ الصَّبِيِّ وَتَعْلِيمِهِ ، فَأَرْجُو
 إِذَا كَانَ كَذَا . وَلَأنَّ هَذَا مِمَّا يَجُوزُ أَخْذُ الْأَجْرِ عَلَيْهِ مُفْرَدًا ، فَجَازَ مَعَ غَيْرِهِ ، كَسَائِرِ
 مَا يَجُوزُ الاسْتِجَارُ عَلَيْهِ . وَهَكَذَا لَوْ كَانَ إِمَامُ الْمَسْجِدِ قِيمًا لَهُ ، يُسْرِجُ قَنَادِيلَهُ ،
 وَيَكْنُسُهُ ، وَيُعَلِّقُ بَابَهُ وَيَفْتَحُهُ ، فَأَخْذُ أَجْرٍ عَلَى خِدْمَتِهِ ، أَوْ كَانَ النَّائِبُ فِي الْحَجِّ يَخْدُمُ

(٦٤) أَيُّوبُ بْنُ إِسْحَاقَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ سَافَرٍ ، انْتَقَلَ إِلَى الرِّمْلَةِ ، وَحَدَّثَ بِهَا وَبِمَبْصَرٍ ، وَحَدَّثَ بِمَسَائِلَ كَثِيرَةٍ صَالِحَةٍ
 عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، وَتَوَفَّى بِدِمَشْقَ سَنَةِ تِسْعٍ وَخَمْسِينَ وَمِائَتَيْنِ . طَبَقَاتُ الْحَنَابِلَةِ ١/ ١١٧ ، ١١٨ .

(٦٥) فِي ب ، م ، ٥ : وَكَرِهَهُ .

(٦٦) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢/ ٢٩٢ ، ٣٢٣ ، ٤٩٠ ، ٢٢١/٤ ، ٦٥/٥ ، ٧٧/٦ ، ٢٥٩ ،

٣٦٧ .

(٦٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

المُسْتَتِيبَ لَهُ فِي طَرِيقِ الْحَجِّ ، وَيَشُدُّهُ ، وَيَرْفَعُ جَمْلَهُ ، وَيَحُجُّ عَنْ أَبِيهِ ، فَدَفَعَ لَهُ أَجْرًا لِحَدَمَتِهِ ، لَمْ يَمْتَنِعْ^(٦٨) ذَلِكَ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وما لَا يَخْتَصُّ فَاعِلُهُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْقَرْيَةِ ، كَتَعْلِيمِ الْحَطِّ وَالْحِسَابِ وَالشَّعْرِ الْمُبَاحِ ، وَأَشْبَاهِهِ ، وَبِنَاءِ الْمَسَاجِدِ وَالْقَنَاظِرِ ، جَازَ أَخْذُ الْأَجْرِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَقَعُ تَارَةً قُرْبَةً ، وَتَارَةً غَيْرَ قُرْبَةٍ ، فَلَمْ يُمْنَعْ مِنَ الْاسْتِيجَارِ لِفِعْلِهِ ، كَقَرَسِ الْأَشْجَارِ ، وَبِنَاءِ الْبُيُوتِ . وَكَذَلِكَ فِي تَعْلِيمِ الْفَقْهِ وَالْحَدِيثِ . وَأَمَّا مَا لَا يَتَعَدَّى نَفْعُهُ فَاعِلُهُ مِنَ الْعِبَادَاتِ الْمَحْضَةِ ، كَالصِّيَامِ ، وَصَلَاةِ الْإِنْسَانِ لِنَفْسِهِ ، وَحَجِّهِ عَنْ نَفْسِهِ ، وَأَدَاءِ زَكَاةِ نَفْسِهِ ، فَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الْأَجْرِ عَلَيْهَا ، بَغَيْرِ خِلَافٍ ؛ لِأَنَّ الْأَجْرَ عَوَضُ الْإِنْتِفَاعِ ، وَلَمْ يَحْصُلْ لغيرِهِ هُنَا انْتِفَاعٌ ، فَأَشْبَهَ إِجَارَةَ الْأَعْيَانِ الَّتِي لَا نَفْعَ فِيهَا .

فصل : إِذَا اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْأَجْرِ ، فَقَالَ : أَجْرُ ثِيَابَيْهَا سَنَةً بِدِينَارٍ . قَالَ : بَلْ بِدِينَارَيْنِ . تَحَالَفَا ، وَيُبْدَأُ بِيَمِينِ الْآجِرِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ نَوْعٌ مِنَ الْبَيْعِ ، فَإِذَا تَحَالَفَا قَبْلَ مُضِيِّ شَيْءٍ مِنَ الْمُدَّةِ^(٦٩) فَسَخَا الْعَقْدُ ، وَرَجَعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي مَالِهِ . وَإِنْ رَضِيَ أَحَدُهُمَا بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْآخَرُ ، قَرَّ الْعَقْدُ . وَإِنْ فَسَخَا الْعَقْدَ بَعْدَ الْمُدَّةِ أَوْ شَيْءٍ مِنْهَا ، سَقَطَ الْمُسَمَّى وَوَجَبَ أَجْرُ الْعَمَلِ ، كَمَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي الْمَبِيعِ بَعْدَ تَلَفِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَمَلٌ الْعَمَلِ ، وَإِنْ كَانَ عَمَلُهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَجْرِ مِثْلِهِ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لِلزِّيَادَةِ فِي الْأَجْرِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْإِجَارَةَ نَوْعٌ مِنَ الْبَيْعِ ، فَيَتَحَالَفَانِ عِنْدَ اخْتِلَافِهِمَا فِي عَوَضِهَا ، كَالْبَيْعِ ، وَكَأَنَّ الْقَوْلَ يُعْمَلُ الْعَمَلُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ

(٦٨) فِي الْأَصْلِ : « يَمْنَعُ » .

(٦٩) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « نَمَّ » .

عليه السلام : « إِذَا اختلفَ الْمُتَبَايعَانِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ (٧٠) الْبَائِعِ » (٧١) . وهذا يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ إِذَا اختلفَا فِي الْمُدَّةِ ، وَأَمَّا إِذَا اختلفَا فِي الْعَوَضِ ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وَإِنْ اختلفَا فِي الْمُدَّةِ ، فَقَالَ : أَجَرْتُكَهَا سَنَةً بِدِينَارٍ . قَالَ : بَلِ سَنَتَيْنِ بِدِينَارَيْنِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَكِّرٌ لِلزِّيَادَةِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِيمَا أَنْكَرَهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : بِعْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ بِمِائَةِ . قَالَ : بَلِ هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ . وَإِنْ قَالَ : أَجَرْتُكَهَا سَنَةً بِدِينَارٍ . قَالَ : بَلِ سَنَتَيْنِ بِدِينَارٍ . فَهُنَا قَدْ اختلفَا فِي قَدْرِ الْعَوَضِ وَالْمُدَّةِ جَمِيعًا ، فَيَتَحَالَفَانِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ الاِئْتِفَاقُ مِنْهُمَا عَلَى مُدَّةٍ بِعَوَضٍ ، فَصَارَ كَمَا لَوْ اختلفَا فِي الْعَوَضِ مَعَ ائْتِفَاقِ الْمُدَّةِ . وَإِنْ قَالَ الْمَالِكُ : أَجَرْتُكَهَا سَنَةً بِدِينَارٍ . فَقَالَ السَّائِكُنُ : بَلِ اسْتَأْجَرْتَنِي عَلَى حِفْظِهَا بِدِينَارٍ . فَقَالَ أَحْمَدُ : الْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الدَّارِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ لِلْسَّائِكِينَ بَيِّنَةٌ . وَذَلِكَ لِأَنَّ سُكْنَى الدَّارِ قَدْ وَجَدَ مِنَ السَّائِكِينَ ، وَاسْتِيفَاءُ مَنْفَعَتِهَا وَهِيَ مِلْكُ صَاحِبِهَا ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي مِلْكِهِ ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ اسْتِجَارِ السَّائِكِينَ فِي الْحِفْظِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ مَنْ يَنْفِيهِ .

فصل : وَإِنْ اختلفَا فِي التَّعَدِّي فِي الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ مُؤَمَّنٌ عَلَيْهَا ، فَأَشْبَهَ الْمُودَعِ ، وَلِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْعُدْوَانِ ، وَالْبَرَاءَةُ مِنَ الضَّمَانِ .

(٧٠) فِي الْأَصْلِ : « مَا قَالَ » .

(٧١) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ إِذَا اختلفَ الْبَيْعَانِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٧١/٥ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْبَيْعَانِ يَخْتَلِفَانِ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٧٣٧/٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ إِذَا اختلفَ الْمُتَبَايعَانِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ ٢٥٠/٢ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْخِيَارِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُوطَأُ ٦٧١/٢ .

وإن ادَّعى أنَّ العَبْدَ أَبَقَ مِنْ يَدِهِ ، وَأَنَّ الدَّابَّةَ شَرَدَتْ أَوْ نَفَقَتْ ، وَأَتَكَرَّ الْمُؤَجِّرُ ، فَعَنْ أَحْمَدَ رَوَاتَيْنِ ؛ / إِحْدَاهُمَا ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا ، وَلَا أُجْرَ عَلَيْهِ إِذَا ١٣١/٥ ظ حَلَفَ أَنَّهُ مَا اتَّفَعَ بِهَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْإِتِّفَاعِ . وَالثَّانِيَةِ ، الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُؤَجِّرِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ السَّلَامَةُ . فَأَمَّا إِنْ ادَّعى أَنَّ الْعَبْدَ مَرَضَ فِي يَدِهِ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ جَاءَ بِهِ صَحِيحًا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ ، سَوَاءٌ وَافَقَهُ الْعَبْدُ أَوْ خَالَفَهُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَإِنْ جَاءَ بِهِ مَرِيضًا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَاءَ بِهِ صَحِيحًا فَقَدْ ادَّعى مَا يُخَالِفُ الْأَصْلَ ، وَلَيْسَ مَعَهُ دَلِيلٌ عَلَيْهِ ^(٧٢) ، وَإِنْ جَاءَ بِهِ مَرِيضًا ، فَقَدْ وَجَدَ مَا يُخَالِفُ الْأَصْلَ يَقِينًا ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي مَدَّةِ الْمَرَضِ ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمَ بِذَلِكَ ، لِكُونِهِ فِي يَدِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ ادَّعى إِبَاقَهُ فِي حَالِ إِبَاقِهِ ، أَوْ جَاءَ بِهِ غَيْرَ أَبَقٍ . وَنَقَلَ إِسْحَاقُ ابْنَ مَنْصُورٍ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَقْبَلُ قَوْلَهُ فِي إِبَاقِ الْعَبْدِ ، دُونَ مَرَضِهِ . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . قَالَ أَبُو بَكْرِ : وَبِالْأَوَّلِ أَقُولُ ؛ لِأَنَّهُمَا سَوَاءٌ فِي تَقْوِيَتِ مَنْفَعَتِهِ ، فَكَانَا سَوَاءً فِي دَعْوَى ذَلِكَ . وَإِنْ هَلَكَتِ الْعَيْنُ ، فَاخْتَلَفَا فِي وَقْتِ ^(٧٣) هَلَاكِهَا ، أَوْ أَبَقَ الْعَبْدُ ، أَوْ مَرَضَ ، فَاخْتَلَفَا فِي وَقْتِ ذَلِكَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْعَمَلِ وَلِأَنَّ ذَلِكَ حَصَلَ فِي يَدِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِهِ .

فصل : إِذَا دَفَعَ ثَوْبَهُ إِلَى خِيَّاطٍ أَوْ قَصَّارٍ ، لِيَخِيْطَهُ أَوْ يَقْصُرَهُ ، مِنْ غَيْرِ عَقْدٍ وَلَا شَرْطٍ ، وَلَا تَعْوِيْضٍ بِأَجْرِ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : خُذْ هَذَا فَاغْمِلْهُ ، وَأَنَا أَعْلَمُ أَنَّكَ إِنَّمَا تَعْمَلُ بِأَجْرِ . وَكَانَ الْخِيَّاطُ وَالْقَصَّارُ مُتَّصِبَيْنِ لِذَلِكَ ، فَفَعَلَا ذَلِكَ ، ^(٧٣) فَلَهُمَا الْأَجْرُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَا أُجْرَ لَهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا فَعَلَا ذَلِكَ ^(٧٢) مِنْ غَيْرِ عَوَضٍ جُعِلَ لَهُمَا ، فَأَشْبَهَ مَالِ الْوَثْبِ عَابِعَمَلِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْعُرْفَ الْجَارِيَ بِذَلِكَ يَقُومُ مَقَامَ الْقَوْلِ ، فَصَارَ كَنَقْدِ الْبَلَدِ ، وَكَأَلَوْ دَخَلَ حَمَامًا ، أَوْ جَلَسَ فِي سَفِينَةٍ مَعَ مَلَّاحٍ ، وَلِأَنَّ شَاهِدَ الْحَالِ يَفْتَضِيهِ ، فَصَارَ كَالْتَعْوِيْضِ . فَأَمَّا إِنْ لَمْ يَكُونَا مُتَّصِبَيْنِ لِذَلِكَ ، لَمْ يَسْتَحِقَّا أَجْرًا

(٧٢) سقط من : الأصل .

(٧٣ - ٧٣) سقط من الأصل . نقل نظر .

إِلَّا بِعَقْدٍ ، أَوْ شَرْطِ الْعَوَضِ ، أَوْ تَعْوِضٍ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْرِ عُرْفٌ يَقُومُ مَقَامَ الْعَقْدِ ، فَصَارَ كَالْوَثْرِغِ بِهِ ، أَوْ عَمَلِهِ بغيرِ إِذْنِ مَالِكِهِ . وَلَوْ دَفَعَ ثَوْبًا إِلَى رَجُلٍ لِيَبِيعَهُ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ ^(٧٤) كَالْحُكْمِ فِي الْقَصَارِ ^(٧٥) وَالْحَيَاطِ ، إِنْ كَانَ مُتَّصِبًا يَبِيعُ لِلنَّاسِ بِأَجْرِ ، فَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، فَلَا شَيْءَ ؛ لَمَّا تَقَدَّمَ . وَمَتَى دَفَعَ ثَوْبَهُ إِلَى أَحَدٍ هُوَ لَا ، وَلَمْ يَقَاطِعْهُ عَلَى أَجْرِ ، فَلَهُ أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّ الثِّيَابَ تَحْتَلِفُ أَجْرُهَا ، وَلَمْ يُعَيَّنْ شَيْئًا ، فَجَرَى مَجْرَى الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ . فَإِنْ تَلَفَ الثَّوبُ مِنْ حِرْزِهِ ، أَوْ بغيرِ فِعْلِهِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مَا لَا يُضْمَنُ فِي الْعَقْدِ الصَّحِيحِ ، لَا يُضْمَنُ فِي فَاسِدِهِ . وَإِنْ تَلَفَ ^(٧٥) مِنْ فِعْلِهِ ، بِتَخْرِيقِهِ أَوْ دَقِّهِ ، ضَمِنَتْهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا ضَمِنَتْهُ بِذَلِكَ فِي الْعَقْدِ الصَّحِيحِ ، فَفِي الْفَاسِدِ أَوْلَى . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ دَفَعَ ثَوْبًا إِلَى قَصَّارٍ لِيَقْصِرَهُ ، وَلَمْ يَقْطَعْ لَهُ أَجْرًا ، بَلْ قَالَ : أَنَا أُعْطِيكَ كَمَا تُعْطَى . وَهَلَكَ الثَّوبُ ، فَإِنْ كَانَ بِخَرْقٍ أَوْ نَحْوِهِ مِمَّا لَا تَجْنِيهِ يَدُهُ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، بَيْنَ الْكَرَاءِ أَوْ لَمْ يُبَيَّنْ ، وَالْعِلَّةُ فِي ذَلِكَ مَا ذَكَرْتَاهُ .

و ١٣٢/٥

فصل : إِذَا اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَحْمِلَ لَهُ كِتَابًا إِلَى مَكَّةَ أَوْ غَيْرِهَا ، إِلَى صَاحِبٍ لَهُ ، فَحَمَلَهُ ، فَوَجَدَ صَاحِبَهُ غَائِبًا ، فَرَدَّهُ ، اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ بِحَمْلِهِ فِي الذَّهَابِ وَالرَّدِّ ؛ لِأَنَّهُ حَمَلَهُ فِي الذَّهَابِ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ صَرِيحًا ، وَفِي الرَّدِّ تَضَمُّينًا ، لِأَنَّ تَقْدِيرَ كَلَامِهِ : وَإِنْ لَمْ تَجِدْ صَاحِبَهُ فَرَدَّهُ . إِذْ لَيْسَ سِوَى رَدِّهِ إِلَّا تَضْيِيعُهُ . فَقَدْ عَلِمَ أَنَّهُ لَا يَرْضَى تَضْيِيعَهُ ، فَتَعَيَّنَ رَدُّهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٧٤ - ٧٥) فِي الْأَصْلِ : « كَالْقَصَارِ » .

(٧٥) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « الثَّوبِ » .

كتاب إحياء المَوَاتِ

المَوَاتُ : هو الأرضُ الخَرَابُ الدَّارِسَةُ ، تُسَمَّى مَيْتَةً وَمَوَاتًا وَمَوَاتًا ، يَفْتَحُ المَيِّمُ والوَاوُ ، والمَوَاتَانُ ، بِضَمِّ المَيِّمِ وسُكُونِ الوَاوِ : المَمُوتُ الذَّرِيعُ . وَرَجُلٌ مَوَاتَانُ القلبِ ، يَفْتَحُ المَيِّمَ وسُكُونِ الوَاوِ ، يَعْنِي : أَعْمَى القلبِ ، لَا يَفْهَمُ . والأَصْلُ فِي إحياءِ الأرضِ ، مَا رَوَى جَابِرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ » ^(١) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ ^(٢) صَحِيحٌ . وَرَوَى سَعِيدُ بْنُ زَيْدٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » ^(٣) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ ، وَرَوَى مَالِكٌ ، فِي « مُوطِئِهِ » ، وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي « سُنَنِهِ » عَنْ عَائِشَةَ مِثْلَهُ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ بَرٍّ ، وَهُوَ مُسْنَدٌ صَحِيحٌ ، مُتَلَقًى بِالْقَبُولِ عِنْدَ فُقَهَاءِ الْمَدِينَةِ وَغَيْرِهِمْ . وَرَوَى أَبُو عُبَيْدٍ ، فِي « الْأَمْوَالِ » ^(٤) عَنْ عَائِشَةَ ، قَالَتْ : قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا » . قَالَ عُرْوَةُ : وَقَضَى ^(٥) بِذَلِكَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، فِي خِلَافَتِهِ . وَعَامَّةُ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ عَلَى أَنَّ الْمَوَاتَ يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ ، وَإِنْ اخْتَلَفُوا فِي شُرُوطِهِ .

(١) أخرجه البخارى تعليقا ، فى : باب من أحيا أرضا مواتا ، من كتاب الحرث والمزارعة . صحيح البخارى ١٣٩/٣ ، ١٤٠ . والتِّرْمِذِيُّ ، فى : باب ما ذكر فى إحياء أرض الموات ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٤٩/٦ . والدارمى ، فى : باب من أحيا أرضا ميتة فهي له ، من كتاب البيوع ٢٦٧/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٣٨/٣ ، ٣٨١ .

(٢) سقط من : ب ، م .

(٣) تقدم تخريجه فى : ٥٥٨/٦ .

(٤) فى باب : إحياء الأرضين واحتجارها ... ، الأموال ٢٨٦ .

كما أخرجه البخارى ، فى : باب من أحيا أرضا مواتا ، من كتاب الحرث والمزارعة . صحيح البخارى ١٤٠/٣ ، والإمام مالك ، فى : باب القضاء فى عمارة الموات ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٧٤٣/٢ مرسلا . والبيهقى ، فى : باب من أحيا أرضا ميتة ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ١٤١/٦ .

(٥) سقطت الواو من : ب ، م .

٩١٣ - مسألة ؛ قال أبو القاسم : (وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا لَمْ تُمْلِكْ ، فَهِيَ لَهُ)

وجملته أن المَوَاتَ قِسْمَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، ما لم يَجْرِ عليه مِلْكٌ لِأَحَدٍ ، ولم يُوجَدْ فيه أثر عِمَارَةٍ ، فهذا يُمْلِكُ بالإحْيَاءِ^(١) ، بغير خِلَافٍ بين القائلين بالإحْيَاءِ . والأخبارُ التي رَوَيْنَاهَا مُتَنَوِّلَةٌ له . القسم الثاني ، ما جَرَى عليه مِلْكُ مَالِكٍ ، وهو ثلاثة أنواعٍ ؛ أَحَدُهَا ؛ مَالُهُ مَالُكَ مُعَيَّنٌ ، وهو ضَرْبانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، ما مِلَّكَ بِشِرَاءٍ أو عَطِيَّةٍ ، فهذا لَا يُمْلِكُ بالإحْيَاءِ ، بغير خِلَافٍ . قال / ابنُ عبدِ البرِّ : أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّ مَا عُرِفَ بِمِلْكِ مَالِكٍ^(٢) غَيْرِ مُنْقَطِعٍ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِحْيَاؤُهُ لِأَحَدٍ غَيْرِ أَرْبَابِهِ . الثاني ، ما مِلَّكَ بِالْإِحْيَاءِ ، ثُمَّ تَرَكَ حَتَّى دَثَرَ^(٣) وَعَادَ مَوَاتًا ، فهو كالَّذِي قَبْلَهُ سَوَاءٌ . وقال مَالِكٌ : يُمْلِكُ هَذَا ؛ لِغُمُومِ قَوْلِهِ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ »^(٤) . وَلِأَنَّ أَصْلَ هَذِهِ الْأَرْضِ مُبَاحٌ ، فَإِذَا تَرَكَتْ^(٥) حَتَّى تَصِيرَ مَوَاتًا عَادَتْ إِلَى الْإِبَاحَةِ ، كَمَنْ أَخَذَ مَاءً مِنْ نَهْرٍ ثُمَّ رَدَّهُ فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذِهِ أَرْضٌ يُعْرَفُ مَالِكُهَا ، فَلَمْ تُمْلِكْ بِالْإِحْيَاءِ ، كَالَّتِي مُلِكَتْ بِشِرَاءٍ أو عَطِيَّةٍ ، وَالْخَبَرُ مُقَيَّدٌ بِغَيْرِ الْمَمْلُوكِ ، بِقَوْلِهِ فِي الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ » . وَقَوْلُهُ : « فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ » . وَهَذَا يُوجِبُ تَقْيِيدَ مُطْلَقِ حَدِيثِهِ . وَقَالَ هِشَامُ بْنُ عُرْوَةَ ، فِي تَفْسِيرِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » : الْعِرْقُ^(٦) الظَّالِمُ أَنْ يَأْتِيَ الرَّجُلُ الْأَرْضَ الْمَيْتَةَ لِغَيْرِهِ ، فَيَغْرِسَ فِيهَا . ذَكَرَهُ سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، فِي « سُنَنِهِ » . ثُمَّ الْحَدِيثُ مَخْصُوصٌ بِمَا مِلَّكَ بِشِرَاءٍ أو عَطِيَّةٍ ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « بِالْأَخَذِ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « دَبَرٌ » .

(٤) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ١٤٥ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « تَرَكَهُ » .

(٦) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

فَنَقِيسُ عَلَيْهِ مَحَلَّ النَّزَاعِ . وَلِأَنَّ سَائِرَ الْأَمْوَالِ لَا يُزُولُ الْمِلْكُ عَنْهَا بِالتَّرَكِّ ، بِدَلِيلِ سَائِرِ الْأَمْلَاجِ إِذَا تَرَكْتَ حَتَّى تَشَعَّثَ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَبْتَطُلُ بِالْمَوَاتِ إِذَا أَحْيَاهُ إِنْسَانٌ ثُمَّ بَاعَهُ ، فَتَرَكَهُ الْمُشْتَرِي حَتَّى عَادَ مَوَاتًا ، وَبِالْلَقْطَةِ إِذَا مَلَكَهَا ثُمَّ ضَاعَتْ مِنْهُ ، وَيُخَالِفُ مَاءَ النَّهْرِ ، فَإِنَّهُ اسْتَهْلَكَ . النَّوْعُ الثَّانِي ، مَا يُوجَدُ فِيهِ أَثَرُ مِلْكٍ قَدِيمٍ جَاهِلِيٍّ ، كَأَثَرِ الرُّومِ ، وَمَسَاكِينِ ثُمُودَ ، وَنَحْوِهَا ، فَهَذَا يُمْلِكُ بِالْأَحْيَاءِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ الْمِلْكَ لَا حُرْمَةَ لَهُ . وَقَدَرُوهُ عَنْ طَاوُسٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « عَادَى الْأَرْضَ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ، ثُمَّ هُوَ بَعْدَ لَكُمْ » . رَوَاهُ سَعِيدُ (٧) بْنِ مَنْصُورٍ (٧) ، فِي « سُنَنِه » ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، فِي « الْأَمْوَالِ » (٨) . وَقَالَ : عَادَى الْأَرْضِ : الَّتِي كَانَ بِهَا سَاكِنٌ فِي آبَادِ الذَّهْرِ ، فَانْقَرَضُوا ، فَلَمْ يَبْقَ مِنْهُمْ أُنَيْسٌ ، وَإِنَّمَا نَسَبُهَا إِلَى عَادٍ ، لِأَنَّهُمْ كَانُوا مَعَ تَقَدُّمِهِمْ ذَوِي قُوَّةٍ وَيَبْطِشُ وَأَثَارُ كَثِيرَةٍ ، فَنُسِبَ كُلُّ أَثَرٍ قَدِيمٍ إِلَيْهِمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ كُلَّ مَا فِيهِ أَثَرُ الْمِلْكِ ، وَلَمْ يَعْلَمْ زَوَالُهُ قَبْلَ الْإِسْلَامِ ، أَنَّهُ لَا يُمْلِكُ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّ الْمُسْلِمِينَ أَخَذُوهُ عَامِرًا ، فَاسْتَحَقُّوه ، فَصَارَ مَوْقُوفًا بِوَقْفِ عَمْرِ لَهُ ، فَلَمْ يُمْلِكْ ، كَمَا لَوْ عَلِمَ مَالِكُهُ . النَّوْعُ الثَّالِثُ ، مَا جَرَى عَلَيْهِ الْمِلْكُ فِي الْإِسْلَامِ لِلْمُسْلِمِ ، أَوْ ذِمِّيٍّ غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْحَرْقِيِّ أَنَّهَا لَا تُمْلِكُ بِالْأَحْيَاءِ . وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ ، نَقَلَهَا عَنْهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَأَبُو الْحَارِثِ ، وَيُوسُفُ بْنُ مُوسَى ؛ لَمَّا رَوَى كَثِيرٌ مِنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَوْفٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، يَقُولُ : « مَنْ أَحْيَا / أَرْضًا مَوَاتًا ، ١٣٣/٥ فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ ، فَهِيَ لَهُ » (٩) . فَقَبَّيْدهُ بِكُونِهِ فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ . وَلِأَنَّ هَذِهِ الْأَرْضَ لَهَا مَالِكٌ ، فَلَمْ يَجْزِ إِحْيَاؤُهَا ، كَمَا لَوْ كَانَ مُعَيَّنًا ، فَإِنَّ مَالِكَهَا إِنْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ فَهِيَ لَهُمْ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَرَثَةٌ ، وَرَثَتُهَا الْمُسْلِمُونَ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، أَنَّهَا تُمْلِكُ

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

- (٨) أخرجه أبو عبيد ، في : باب الإقطاع ، من كتاب أحكام الأرضين في إقطاعها ... ، الأموال ٢٧٢ .
 كما أخرجه البيهقي ، في : باب لا يترك ذمى بيمينه ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ١٤٣/٦ .
 (٩) أخرجه البخاري ، في : باب من أحيا أرضا مواتا ، من كتاب الحرج . صحيح البخاري ١٣٩/٣ ، ١٤٠ .
 والبيهقي ، في : باب من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد ... ، من كتاب إحياء الموت . السنن الكبرى ١٤٢/٦ .

بالإحياء . تَقْلَهَا صَالِحٌ وَغَيْرُهُ . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ؛ لِغُمُومِ الْأَخْبَارِ ،
وَلَأَنَّهَا أَرْضُ مَوَاتٍ ، لَا حَقَّ فِيهَا لِقَوْمٍ بِأَغْيَانِهِمْ ، أَشْبَهَتْ مَا لَمْ يَجْرَ عَلَيْهِ مِلْكُ مَالِكٍ ،
وَلَأَنَّهَا إِنْ كَانَتْ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، فَهِيَ كُلْقُطَةٌ دَارِ الْإِسْلَامِ ، وَإِنْ كَانَتْ فِي دَارِ الْكُفْرِ ،
فَهِيَ كَالرَّكَازِ .

فصل : وَلَا فَرْقَ فِيمَا ذَكَرْنَا بَيْنَ دَارِ الْحَرْبِ وَدَارِ الْإِسْلَامِ ؛ لِغُمُومِ الْأَخْبَارِ ،
وَلَأَنَّ عَامِرَ دَارِ الْحَرْبِ إِنَّمَا يُمْلِكُ بِالْقَهْرِ وَالْعَلَبَةِ ، كَسَائِرِ أَمْوَالِهِمْ ، فَأَمَّا مَا عُرِفَ أَنَّهُ
كَانَ مَمْلُوكًا ، وَلَمْ يُعْلَمْ لَهُ مَالِكٌ مُعَيَّنٌ ، فَهُوَ عَلَى الرَّوَائِثَيْنِ . فَإِنْ قِيلَ : فَهَذَا مِلْكُ كَافِرٍ
غَيْرِ مُحْتَرَمٍ ، فَأَشْبَهَ دِيَارَ عَادٍ ، وَقَدْ دَلَّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « عَادِي الْأَرْضِ لِلَّهِ
وَلِرَسُولِهِ » . وَلَأَنَّ الرَّكَازَ مِنْ أَمْوَالِهِمْ ، وَيَمْلِكُهُ وَاجِدُهُ ، فَهَذَا أَوْلَى . قُلْنَا : قَوْلُهُ :
« عَادِي الْأَرْضِ » . يَعْنِي مَا تَقَدَّمَ مِلْكُهُ ، وَمَضَتْ عَلَيْهِ الْأُزْمَانُ ، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ
فَلَا حُكْمَ لِمَالِكِهِ . فَأَمَّا مَا قَرَّبَ مِلْكُهُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّ لَهُ مَالِكًا بَاقِيًا ، وَإِنْ لَمْ يَتَّعِنِ ، فَلِهَذَا
قُلْنَا : لَا يُمْلِكُ . عَلَى إِحْدَى الرَّوَائِثَيْنِ . وَأَمَّا الرَّكَازُ ، فَإِنَّهُ يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ ، وَهَذَا
بِخِلَافِ^(١٠) الْأَرْضِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ لُقُطَةَ دَارِ الْإِسْلَامِ تُمْلِكُ بَعْدَ التَّعْرِيفِ ، بِخِلَافِ
الْأَرْضِ .

فصل : وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالذَّمِّيِّ فِي الْإِحْيَاءِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ،
وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يُمْلِكُ الذَّمِّيُّ بِالْإِحْيَاءِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ . قَالَ الْقَاضِي :
وَهُوَ مَذْهَبُ جَمَاعَةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَوْتَانِ الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ،
ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مَنَى »^(١١) . فَجَمَعَ الْمَوْتَانِ ، وَجَعَلَهُ^(١٢) لِلْمُسْلِمِينَ . وَلَأَنَّ مَوْتَانِ الدَّارِ
مِنْ حُقُوقِهَا ، وَالدَّارُ لِلْمُسْلِمِينَ ، فَكَانَ مَوَاتُهَا لَهُمْ ، كَمَرَافِقِ الْمَمْلُوكِ . وَلَنَا ، غُمُومٌ

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « يَخَالِفُ » .

(١١) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ لَا يَتْرَكَ ذِمِّيٌّ يَحْيِيهِ ... ، مِنْ كِتَابِ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٤٣/٦ .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « ثُمَّ جَعَلَهُ » .

قول النبي ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ » . ولأن هذه جهة من جهات التملك ، فاشترك فيها المسلم والذمي ، كسائر جهاته . وحديثهم لا تعرفه ، إنما نعرف قوله : « عَادَى الْأَرْضَ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ، ثُمَّ هُوَ لَكُمْ بَعْدَ ، وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتًا مِنَ الْأَرْضِ ، فَلَهُ دَفِينُهَا »^(١٣) . هكذا رواه سعيد بن منصور ، وهو مرسَل ، رواه طاوُس ، عن النبي ﷺ . ثم لا يمتنع أن يريد بقوله : « هِيَ لَكُمْ » . أى لأهل دار الإسلام ، والذمي من / أهل الدار ، تجرى عليه أحكامها . وقولهم : إنها من حقوق دار^(١٤) ١٣٣/٥ ظ الإسلام . قلنا : وهو من أهل الدار ، فيملكها^(١٥) ، كما يملكها بالشراء ، ويملكها مباحاتها ، من الحشيش والحطب والصيود والركاز والمعدين واللقطة ، وهى من مرافق دار الإسلام .

فصل : وما قرب من العامر ، وتعلق بمصالحه ، من طريقه ، ومسبيل مائه ، ومطرح قمامته ، وملقى ترابه وآلاته ، فلا يجوز إحياءه ، بغير خلاف في المذهب . وكذلك ما تعلق بمصالح القرية ، كبنائها ، ومرعى ماشيتها ، ومخطبها ، وطريقها ، ومسبيل مائه ، لا يملك بالإحياء . ولا تعلم فيه أيضا خلافا بين أهل العلم . وكذلك حريم البئر والنهر والعين ، وكل مملوك لا يجوز إحياء ما تعلق بمصالحه ؛ لقوله عليه السلام : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ ، فَهِيَ لَهُ » . مفهومه أن ما تعلق به حق مسلم لا يملك بالإحياء ، ولأنه تابع للمملوك ، ولو جوزنا إحياءه ، لبطل الملك في العامر على أهله . وذكر القاضى أن هذه المرافق لا يملكها المحيى بالإحياء ، لكن هو أحق بها من غيره ؛ لأن الإحياء الذى هو سبب الملك لم يوجد فيها . وقال الشافعى : يملك بذلك . وهو ظاهر قول الخرقي في حريم البئر ؛ لأنه مكان استحققه بالإحياء ، فملكه ، كالمحيى ، ولأن معنى الملك موجود فيه ، لأنه يدخل مع الدار في البيع ، ويختص به صاحبها . فأما ما قرب من العامر ، ولم يتعلق

(١٣) فى ب ، م ، : « رقبها » .

(١٤) سقط من : ب ، م .

(١٥) فى ب ، م ، : « فيملكها » .

بِمَصَالِحِهِ ، ففيه رَوَاتَانِ ؛ إحداهما ، يجوزُ إحياءُوه . قال أحمدُ ، في رِوَايَةِ أَبِي الصَّفَرِ ،
 فِي رَجُلَيْنِ أَحْيَا قَطْعَتَيْنِ مِنْ مَوَاتٍ ، وَبَقِيَتْ بَيْنَهُمَا رُقْعَةٌ ، فَجَاءَ رَجُلٌ لِيُحْيِيَهَا ، فَلَيْسَ
 لَهَا مَنَعُهُ . وَقَالَ فِي جَبَانَةٍ بَيْنَ قَرَيَتَيْنِ : مَنْ أَحْيَاها ، فَهِيَ لَهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛
 لِعُمُومِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ » . وَلَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ بِلَالَ
 ابْنِ الْحَارِثِ الْمُزْنِيَّ الْعَقِيقَ ^(١٦) ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ بَيْنَ عِمَارَةِ الْمَدِينَةِ . وَلَأَنَّهُ مَوَاتٌ لَمْ
 يَتَّعَلُقْ بِهِ ^(١٧) مَصْلَحَةُ الْعَامِرِ ، فَجَازَ إِحْيَاؤُهُ ، كَالْبَعِيدِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يَجُوزُ
 إِحْيَاؤُهُ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَاللَّيْثُ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَظَنَّةٍ تَعْلُقُ الْمَصْلَحَةَ بِهِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ
 أَنْ يَحْتَاجَ إِلَى فَتْحِ بَابٍ فِي حَائِطِهِ إِلَى فَنَائِهِ ، وَيَجْعَلَهُ طَرِيقًا ، أَوْ يَخْرُبَ حَائِطَهُ ، فَيَضَعُ
 آلَاتِ الْبِنَاءِ فِي فَنَائِهِ ، وَغَيْرَ ذَلِكَ ، وَلَمْ يَجْزُ تَقْوِيَتُ ذَلِكَ عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ الْبَعِيدِ . إِذَا
 ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا حَدَّ يَفْصِلُ بَيْنَ الْقَرِيبِ وَالْبَعِيدِ سِوَى الْعُرْفِ . وَقَالَ اللَّيْثُ : حَدُّهُ
 غُلُوةٌ ، وَهِيَ خُمْسُ الْفَرَسِخِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : حَدُّ الْبَعِيدِ هُوَ / الَّذِي إِذَا وَقَفَ الرَّجُلُ
 فِي أَذْنَاهُ ، فَصَاحَ بِأَعْلَى صَوْتِهِ ، لَمْ يَسْمَعْ أَذُنَى أَهْلِ الْمِصْرِ إِلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّ التَّحْدِيدَ
 لَا يُعْرَفُ إِلَّا بِالتَّوْقِيفِ ، وَلَا يُعْرَفُ بِالرَّأْيِ وَالتَّحْكُمِ ، وَلَمْ يَرِدْ مِنَ الشَّرْعِ فِي ذَلِكَ ^(١٨)
 تَحْدِيدٌ ، فَوَجَبَ أَنْ يَرْجَعَ فِي ذَلِكَ إِلَى الْعُرْفِ ، كَالْقَبْضِ وَالْإِحْرَازِ . وَقَوْلُ مَنْ حَدَّدَ
 هَذَا تَحْكُمَ بِغَيْرِ دَلِيلٍ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ أَوْلَى مِنْ تَحْدِيدِهِ بِشَيْءٍ آخَرَ ، كَمِيلٍ وَنِصْفِ مِيلٍ ،
 وَغَيْرِ ذَلِكَ . وَهَذَا التَّحْدِيدُ الَّذِي ذَكَرَاهُ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - مُخْتَصٌّ بِمَا قَرَّبَ مِنَ الْمِصْرِ
 أَوْ الْقَرْيَةِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ حَدُّ الْكُلِّ مَا قَرَّبَ مِنْ عَامِرٍ ، لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى أَنَّ مَنْ أَحْيَا
 أَرْضًا فِي مَوَاتٍ ، حَرَّمَ إِحْيَاءَ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ الْمَوَاتِ عَلَى غَيْرِهِ ، مَا لَمْ يَخْرُجْ عَنْ ذَلِكَ
 الْحَدِّ .

و ١٣٤/٥

فصل : وَجَمِيعُ الْبِلَادِ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ سَوَاءٌ ، الْمَفْتُوحُ عَنُودَ كَأَرْضِ الشَّامِ

(١٦) انظر ما تقدم في : ٢٤٠/٤ ، ٢٤١ . وما يأتي في صفحة ١٥٣ .

(١٧) في الأصل زيادة : « حق » .

(١٨) في ب ، م ، : « لذلك » .

وَالْعِرَاقَ ، وَمَا أَسْلَمَ أَهْلُهُ^(١٩) عَلَيْهِ كَالْمَدِينَةِ ، وَمَا صُولِحَ أَهْلُهُ عَلَى أَنَّ الْأَرْضَ لِلْمُسْلِمِينَ كَأَرْضِ حَبِيرَ ، إِلَّا الَّذِي صُولِحَ أَهْلُهُ عَلَى أَنَّ الْأَرْضَ لَهُمْ وَلَنَا الْخَرَاجُ عَنْهَا ، فَإِنَّ أَصْحَابَنَا قَالُوا : لَوْ دَخَلَ فِيهَا^(٢٠) مُسْلِمٌ ، فَأَخِيَا فِيهَا مَوَاتًا ، لَمْ يَمْلِكْهُ ؛ لِأَنَّهُمْ صُولِحُوا فِي بِلَادِهِمْ ، فَلَا يَجُوزُ التَّعَرُّضُ لَشَيْءٍ مِنْهَا ، عَامِرًا كَانَ أَوْ مَوَاتًا ، لِأَنَّ الْمَوَاتَ تَابِعٌ لِلْبَلَدِ ، فَإِذَا لَمْ يَمْلِكْ عَلَيْهِمُ الْبَلَدُ لَمْ يَمْلِكْ مَوَاتُهُ . وَيُفَارِقُ دَارَ الْحَرْبِ ، حَيْثُ يَمْلِكُ مَوَاتُهَا ؛ لِأَنَّ دَارَ الْحَرْبِ عَلَى أَصْلِ الْإِبَاحَةِ ، وَهَذِهِ صَالِحُنَاهُمْ عَلَى تَرْكِهَا لَهُمْ ، فَخَرَّمَتْ عَلَيْنَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَهَا مَنْ أَحْيَاها ؛ لِغُيُومِ الْحَبِيرِ ، وَلِأَنَّهَا مِنْ مُبَاحَاتِ دَارِهِمْ ، فَجَازَ أَنْ يَمْلِكَهَا مَنْ وَجَدَ مِنْهُ سَبَبُ تَمْلِكِهَا ، كَالْحَشِيشِ وَالْحَطَبِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَيْسَ فِي السَّوَادِ مَوَاتٌ . يَعْنِي سَوَادَ الْعِرَاقِ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى الْعَامِرِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ أَحْمَدَ قَالَ ذَلِكَ ، لِكُونِ السَّوَادِ كَانَ مَعْمُورًا كُلَّهُ فِي زَمَنِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، وَحِينَ أَخَذَهُ الْمُسْلِمُونَ مِنَ الْكُفَّارِ ، حَتَّى بَلَغْنَا أَنَّ رَجُلًا مِنْهُمْ سَأَلَ أَنْ يُعْطَى خَرِيبَةٌ ، فَلَمْ يَجِدُوا لَهُ خَرِيبَةً . فَقَالَ : إِنَّمَا أَرَدْتُ أَنْ أُعْلِمَكُمُ كَيْفَ أَخَذْتُمُوهَا مِنَّا . وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا مَوَاتٌ حِينَ مَلَكَهَا الْمُسْلِمُونَ ، لَمْ يَصِرْ فِيهَا مَوَاتٌ بَعْدَهُ ، لِأَنَّ مَا دَثَرَ^(٢١) مِنْ أَمْلَاقِ الْمُسْلِمِينَ لَمْ يَصِرْ مَوَاتًا ، عَلَى إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ .

فصل : وَإِنْ تَحَجَّرَ رَجُلٌ^(١٩) مَوَاتًا ، وَهُوَ أَنْ يَشْرَعَ فِي إِحْيَائِهِ ، مِثْلُ إِنْ أَذَارَ حَوْلَ الْأَرْضِ تُرَابًا أَوْ أَحْجَارًا ، أَوْ حَاطَهَا بِحَائِطٍ صَغِيرٍ^(٢٢) ، لَمْ يَمْلِكْهَا بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ بِالْإِحْيَاءِ ، وَلَيْسَ هَذَا بِإِحْيَاءٍ ، لَكِنْ يَصِيرُ أَحَقُّ النَّاسِ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ^(٢٣) أَحَقُّ بِهِ^(٢٣) » . رَوَاهُ ١٣٤/٥ ظ

(١٩) سقط من : ب ، م .

(٢٠) في الأصل : « إليها » .

(٢١) في الأصل : « دبر » .

(٢٢) سقط من : ب ، م .

(٢٣ - ٢٣) في الأصل : « له » .

أَبُو دَاوُدَ^(٢٤) . فَإِنْ نَقَلَهُ إِلَى غَيْرِهِ ، صَارَ الثَّانِي بِمَنْزِلَتِهِ ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهُ أَقَامَهُ مُقَامَهُ . وَإِنْ مَاتَ ، فَوَارِثُهُ أَحَقُّ بِهِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ تَرَكَ حَقًّا ، أَوْ مَالًا ، فَهُوَ لَوَرَثَتِهِ »^(٢٥) . فَإِنْ بَاعَهُ ، لَمْ يَصِحَّ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ ، فَلَمْ يَمْلِكْ بَيْعَهُ ، كَحَقِّ الشُّفْعَةِ قَبْلَ الْأَخْذِ بِهِ ، وَكَمَنْ سَبَقَ إِلَى مَعْدِنٍ أَوْ مَبَاحٍ قَبْلَ أَخْذِهِ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : وَيَحْتَمِلُ جَوَازُ بَيْعِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَهُ ، فَإِنْ سَبَقَ غَيْرُهُ فَأَحْيَاهُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ يَمْلِكُهِ ؛ لِأَنَّ الْإِحْيَاءَ يُمْلِكُ بِهِ ، وَالتَّحْجِيرُ^(٢٦) لَا يُمْلِكُ بِهِ ، فَتَبَتِ الْمِلْكُ بِمَا يُمْلِكُ بِهِ دُونَ مَا لَمْ يُمْلِكْ بِهِ ، كَمَنْ سَبَقَ إِلَى مَعْدِنٍ أَوْ مَشْرَعَةٍ مَاءٍ ، فَجَاءَ غَيْرُهُ ، فَأَزَالَه وَأَخَذَهُ . وَالثَّانِي ، لَا يَمْلِكُكَ ؛ لِأَنَّ مَفْهُومَ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ » وَقَوْلُهُ : « فِي حَقِّ غَيْرِ مُسْلِمٍ ، فَهِيَ لَهُ »^(٢٧) . أَنَّهَا لَا تَكُونُ لَهُ إِذَا كَانَ لِمُسْلِمٍ فِيهَا

(٢٤) في : باب في انقطاع الأرضين ، من كتاب الإمامة . سنن أبي داود ١٥٨/٢ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب من أحيا أرضاً ميتة ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ١٤٢/٦ . والطبراني في المعجم الكبير ٢٥٥/١ .

(٢٥) أخرجه البخاري ، في : باب الدين ، من كتاب الكفالة ، وفي : باب الصلاة على من ترك ديناً ، من كتاب الاستقراض ، وفي : باب قول النبي : من ترك كلاً أو ضياعاً فإلى ، من كتاب النفقات ، وفي : باب قول النبي ﷺ من ترك ما لا فلاهله ، وباب ميراث الأسير ، من كتاب الفرائض . صحيح البخاري ١٢٨/٣ ، ١٥٥ ، ٨٧/٧ ، ١٨٧/٨ ، ١٩٣ ، ١٩٤ . ومسلم ، في : باب من ترك ما لا فلورثته ، من كتاب الفرائض . صحيح مسلم ١٢٣٧/٣ ، ١٢٣٨ . وأبو داود ، في : باب في ميراث ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض ، وفي : باب في أرزاق الذرية ، من كتاب الإمامة . سنن أبي داود ١١١/٢ ، ١٢٤ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الصلاة على المديون ، من أبواب الجنائز ، وفي : باب ما جاء من ترك ما لا فلورثته ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٢٩١/٤ ، ٢٣٩/٨ . والنسائي ، في : باب الصلاة على من عليه دين ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٥٣/٤ ، وابن ماجه ، في : باب من ترك ديناً أو ضياعاً فعلى الله وعلى رسوله ، من كتاب الصدقات ، وفي : باب ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٨٠٧/٢ ، ٩١٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩٠/٢ ، ٤٥٣ ، ٤٥٦ ، ٢٩٦/٣ ، ٣٧١ ، ١٣١/٤ .

(٢٦) في ب ، م ، هـ : والجهر .

(٢٧) تقدم تخريجه في صفحة ١٤٥ ، ١٤٦ .

حَقٌّ . وكذلك قوله : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » . وَرَوَى سَعِيدٌ ، فِي « سُنَنِهِ » أَنَّ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ - يَعْنِي مَنْ تَحَجَّرَ أَرْضًا - فَعَطَّلَهَا ثَلَاثَ سِنِينَ ، فَجَاءَ قَوْمٌ فَعَمَرُوهَا ، فَهَمَّ أَحَقُّ بِهَا . وَهَذَا يُدُلُّ عَلَى أَنَّ مَنْ عَمَرَهَا قَبْلَ ثَلَاثِ سِنِينَ لَا يَمْلِكُهَا ؛ لِأَنَّ الثَّانِيَ أَحْيَا فِي حَقِّ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ ، كَمَا لَوْ أَحْيَا مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مَصَالِحُ مِلْكٍ غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّ حَقَّ الْمُتَحَجِّرِ أَسْبَقُ ، فَكَانَ أَوْلَى ، كَحَقِّ الشَّفِيعِ يُقَدِّمُ عَلَى شِرَاءِ الْمُشْتَرِي . فَإِنْ طَالَتِ الْمُدَّةُ عَلَيْهِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ لَهُ السُّلْطَانُ : إِمَّا أَنْ تُحْيِيَهُ ، أَوْ تُتْرَكَهُ لِيُحْيِيَهُ غَيْرُكَ . لِأَنَّهُ ضَيَّقَ عَلَى النَّاسِ فِي حَقِّ مُشْتَرِكٍ بَيْنَهُمْ ، فَلَمْ يُمَكِّنْ مِنْ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ وَقَفَ فِي طَرِيقِ ضَيْقٍ ، أَوْ مَشْرَعَةِ مَاءٍ ، أَوْ مَعْدِنٍ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ ^(٢٨) ، وَلَا يَدْعُ غَيْرَهُ يَنْتَفِعُ . فَإِنْ سَأَلَ الْإِمَهَالَ لِغُذْرِهِ ، أَمِهَلَ الشَّهْرَ وَالشَّهْرَيْنِ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ . فَإِنْ أَحْيَاهُ غَيْرُهُ فِي مُدَّةِ الْمُهْلَةِ ؛ فِيهِهِ الْوَجْهَانِ اللَّذَانِ ذَكَرْنَاهُمَا . وَإِنْ تَقَصَّصَتِ الْمُدَّةُ وَلَمْ يُعَمَّرْ ، فَلِغَيْرِهِ أَنْ يُعَمَّرَ وَيَمْلِكْهُ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ ضُرِبَتْ لَهُ لِيَنْقَطِعَ حَقُّهُ بِمُضِيِّهَا ، وَسِوَاءِ أَذِنَ لَهُ السُّلْطَانُ فِي عِمَارَتِهَا ، أَوْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُتَحَجِّرِ غُذْرٌ فِي تَرْكِ الْعِمَارَةِ ، قِيلَ لَهُ : إِمَّا أَنْ تُعَمَّرَ ، وَإِمَّا أَنْ تُرْفَعَ يَدُكَ ، فَإِنْ لَمْ يُعَمَّرْهَا ، كَانَ لِغَيْرِهِ عِمَارَتُهَا ، فَإِنْ لَمْ يَقُلْ لَهُ شَيْءٌ ، وَاسْتَمَرَّ تَعْطِيلُهَا ، فَقَدْ ذَكَرْنَا عَنْ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ مَنْ تَحَجَّرَ أَرْضًا فَعَطَّلَهَا ثَلَاثَ سِنِينَ ، فَجَاءَ قَوْمٌ فَعَمَرُوهَا ، فَهَمَّ أَحَقُّ بِهَا . وَمِزْجُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا كُلِّهِ نَحْوُ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : ولِلْإِمَامِ إِقْطَاعُ الْمَوَاتِ لِمَنْ يُحْيِيهِ ، فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ ؛ لِمَا رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ بِلَالُ بْنُ الْخَارِثِ الْعَقِيقَ أَجْمَعَ / ، فَلَمَّا كَانَ عَمْرُ قَالَ لِبِلَالٍ : إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمْ يَقْطَعْكَ لِتَحْيِيزِهِ عَنِ النَّاسِ ، إِنَّمَا أَقْطَعَكَ لِتُعَمَّرَ ، فَخَذَّ مِنْهَا مَا قَدَّرْتَ عَلَى عِمَارَتِهِ ، وَرَدَّ الْبَاقِي . رَوَاهُ أَبُو عُبَيْدٍ ، فِي « الْأَمْوَالِ » ^(٢٩) .

(٢٨) سقط من : ب ، م .

(٢٩) في : باب الإقطاع ، من كتاب أحكام الأرضين . الأموال ٢٧٣ .
كما أخرجه البيهقي ، في : باب من أقطع قطعة أو تاجر أرضا ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ١٤٩/٦ . وانظر ما تقدم في صفحة ١٥٠ .

وَذَكَرَ سَعِيدٌ ، فِي « سُنَنِهِ » : حَدَّثَنَا عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ مُحَمَّدٍ ، عَنْ رِبِيعَةَ ، قَالَ : سَمِعْتُ الْحَارِثَ بْنَ بِلَالٍ بْنَ الْحَارِثِ ، يَقُولُ : إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَقْطَعَ بِلَالُ بْنُ الْحَارِثِ الْعَقِيقَ ، فَلَمَّا وَلَّى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ، قَالَ : مَا أَقْطَعَكَ ^(٣٠) لِتَحْتَجِنَهُ ، فَأَقْطَعَهُ النَّاسُ . وَرَوَى عُلُقَمَةُ بْنُ وَائِلٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَهُ أَرْضًا بِحَضْرَةِ مَوْتٍ ^(٣١) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَقَالَ سَعِيدٌ : حَدَّثَنَا سُفْيَانُ ، عَنْ ابْنِ أَبِي نُجَيْجٍ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَقْطَعَ نَاسًا مِنْ ^(٣٢) جُهَيْنَةَ أَوْ مُزَيْنَةَ أَرْضًا ، فَعَطَّلُوهَا ، فَجَاءَ قَوْمٌ فَأَحْيَوْهَا ، فَخَاصَمَهُمُ الَّذِينَ أَقْطَعَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، فَقَالَ عُمَرُ : لَوْ كَانَتْ قَطِيعَةٌ مِنِّي أَوْ مِنْ أَبِي بَكْرٍ لَمْ أُرَدِّهَا ، وَلَكِنهَا قَطِيعَةٌ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَأَنَا أُرَدُّهَا ، ثُمَّ قَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ - يَعْنِي مِنْ تَحَجَّرَ أَرْضًا - فَعَطَّلَهَا ثَلَاثَ سِنِينَ ، فَجَاءَ قَوْمٌ فَعَمَرُوهَا ، فَهَمَّ أَحَقُّ بِهَا ^(٣٣) .

٩١٤ - مسألة ؛ قال : (إَلَّا أَنْ تَكُونَ أَرْضَ مِلْحٍ أَوْ مَاءً لِلْمُسْلِمِينَ فِيهِ الْمَنْفَعَةُ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَنْفَرِدَ بِهَا الْإِنْسَانُ)

وجملة ذلك ، أَنَّ الْمَعَادِنَ الظَّاهِرَةَ ، وَهِيَ الَّتِي يُوصَلُّ إِلَى مَا فِيهَا مِنْ غَيْرِ مُؤَنَةٍ ، يَنْتَابُهَا النَّاسُ ، وَيَنْتَفِعُونَ بِهَا ، كَالْمِلْحِ ، وَالْمَاءِ ، وَالْكَبْرِيتِ ، وَالْقَيْرِ ^(١) ،

(٣٠) فِي الْأَصْلِ : « أَقْطَعْتُهُ » .

(٣١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي إِقْطَاعِ الْأَرْضِينَ ، مِنْ كِتَابِ الْإِمَارَةِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ١٥٤/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْقَطَائِعِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٥١/٦ ، ١٥٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي الْقَطَائِعِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنُ الدَّارِمِيِّ ٢٦٨/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٩٩/٦ .

(٣٢) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٣٣) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَا يَكُونُ إِحْيَاءً وَمَا يَرْجَى فِيهِ مِنَ الْأَجْرِ ، مِنْ كِتَابِ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٤٨/٦ . وَحَمِيدُ بْنُ زَنْجَوِيٍّ ، فِي : بَابِ إِحْيَاءِ الْأَرْضِ وَإِحْيَاظِهَا .. ، مِنْ كِتَابِ أَحْكَامِ الْأَرْضِينَ وَإِقْطَاعِهَا الْأُمُومَالُ ٦٤٤/٢ .

(١) الْقَيْرُ : الرِّفْتُ .

والمُومِيَاءِ^(٢)، والنَّفِطِ، والكُحْلِ، والبرَامِ^(٣)، واليَاقوتِ، ومَقَاطِعِ^(٤) الطَّيْنِ،
 وأشْبَاهِ ذلك، لا تُمَلِّكُ بالإِحيَاءِ، ولا يَجُوزُ إِقْطَاعُهَا لِأَحَدٍ مِنَ النَّاسِ، ولا اخْتِجَازُهَا
 دُونَ المُسْلِمِينَ؛ لأنَّ فِيهِ ضَرَرٌ بِالمُسْلِمِينَ، وَتَضْيِيقٌ عَلَيْهِمْ، وَلأنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ
 أُبَيْضَ بْنَ حَمَّالٍ مَعْدِنَ المِلْحِ، فَلَمَّا قِيلَ لَهُ: إِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ المَاءِ العِدِّ^(٥). رَدَّهُ. كَذَا قَالَ
 أَحْمَدُ. وَرَوَى أَبُو عُيَيْدٍ، وَأَبُو دَاوُدَ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(٦)، بِإِسْنَادِهِمْ، عَنْ أُبَيْضَ بْنِ
 حَمَّالٍ، أَنَّهُ اسْتَقْطَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ المِلْحَ الَّذِي^(٧) بِمَآرِبٍ، فَلَمَّا وَلَّى، قِيلَ: يَا
 رَسُولَ اللَّهِ: أَتَذَرِي مَا أَقْطَعْتَ لَهُ؟ إِنَّمَا أَقْطَعْتَ^(٨) المَاءَ العِدِّ. فَرَجَعَهُ مِنْهُ. قَالَ:
 قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، مَا يُحْصَى مِنَ الأَرَاكِ؟ قَالَ: « مَا لَمْ تَنْلُهُ^(٩) أَخْفَافُ الإِبِلِ ». .
 وَهُوَ حَدِيثٌ غَرِيبٌ. وَرَوَى فِي لَفْظٍ عَنْهُ، أَنَّهُ قَالَ: « لَا حِمَى فِي الأَرَاكِ ». وَرَوَاهُ
 سَعِيدٌ، فَقَالَ: حَدَّثَنِي إِسْمَاعِيلُ بْنُ عِيَّاشٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ قَيْسٍ المَآرِبِيِّ^(١٠)، عَنْ
 أَبِيهِ، عَنْ أُبَيْضَ بْنِ حَمَّالٍ المَآرِبِيِّ^(١١) قَالَ: اسْتَقْطَعْتُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَعْدِنَ المِلْحِ. ١٣٥/٥ ط

(٢) موميا : مادة تجمد فتصير قارا تفوح منه رائحة الزيت المخلوط بالماء ، تلتطخ به أجساد الموتى حتى تحفظ
 ولا تتغير . الجامع لمفردات الأدوية ٦٩/٤ .

(٣) البرام : القدور من الحجارة .

(٤) في الأصل : « ومقالع » .

(٥) العِدِّ : الجارى .

(٦) أخرجه أبو عبيد ، في : باب الإقطاع ، من كتاب أحكام الأرضين . الأموال ٢٧٥ ، ٢٧٦ . وأبو داود ،
 في : باب في إقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٥٥/٢ ، ١٥٦ . والترمذى ، في : باب ما جاء
 في القطائع ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٤٩/٦ ، ١٥٠ . وابن ماجه ، في : باب إقطاع الأنهار
 والعيون ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٢٧/٢ . والدارمى ، في : باب في القطائع ، من كتاب البيوع .
 سنن الدرامى ٢٦٨/٢ .

(٧) سقط من : م ، ا .

(٨) في ا ، م : « أقطعت له » .

(٩) في الأصل : « تبلة » .

(١٠) في الأصل : « المازنى » . وانظر المشتبه للذهبي ٥٦٤ .

(١١) في الأصل : « المازنى » . وانظر ما سبق .

بِمَأْرَبٍ ، فَأَقْطَعْنِيهِ ، فَقِيلَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَاءِ الْعِدِّ . يَغْنَى أَنَّهُ لَا يَنْقَطِعُ .
 فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « فَلَا إِذْنَ » . وَلَأنَّ هَذَا تَتَعَلَّقُ بِهِ مَصَالِحُ الْمُسْلِمِينَ^(١٢)
 الْعَامَّةُ ، فَلَمْ يَجْزْ لِأَخْيَاؤِهِ ، وَلَا لِأَقْطَاعِهِ ، كَمَشَارِعِ الْمَاءِ ، وَطُرُقَاتِ الْمُسْلِمِينَ .
 وَ^(١٣) قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : هَذَا مِنْ مَوَادِّ اللَّهِ الْكَرِيمِ ، وَفَيْضُ جُودِهِ الَّذِي لَا غِنَاءَ عَنْهُ ، فَلَوْ
 مَلَكَهُ أَحَدٌ بِالْاِخْتِجَارِ ، مَلَكَ مَنَعَهُ ، فَضَاقَ عَلَى النَّاسِ ، فَإِنْ أَخَذَ الْعَوَضَ عَنْهُ أَغْلَاهُ ،
 فَخَرَجَ عَنِ الْمَوْضِعِ الَّذِي وَضَعَهُ اللَّهُ ، مِنْ تَعْمِيمِ ذَوِي الْحَوَائِجِ^(١٤) مِنْ غَيْرِ كُفْلَةٍ .
 وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا .

فصل : فَأَمَّا الْمَعَادِنُ الْبَاطِنَةُ ، وَهِيَ الَّتِي لَا يُوصَلُ إِلَيْهَا إِلَّا بِالْعَمَلِ وَالْمُؤَنَةِ ،
 كَمَعَادِنِ الذَّهَبِ ، وَالْفِضَّةِ ، وَالْحَدِيدِ ، وَالنُّحَاسِ ، وَالرُّصَاصِ ، وَالْبُلُورِ ،
 وَالْفَيِّرُورَجِ ، فَإِذَا كَانَتْ ظَاهِرَةً ، لَمْ تُمْلِكْ أَيْضًا بِالْإِحْيَاءِ ؛ لَمَا ذَكَرْنَا فِي الَّتِي قَبْلَهَا .
 وَإِنْ لَمْ تَكُنْ ظَاهِرَةً ، فَحَفَرَهَا إِنْسَانٌ وَأَظْهَرَهَا ، لَمْ يَمْلِكْهَا^(١٥) . بِذَلِكَ ، فِي ظَاهِرِ
 الْمَذْهَبِ ، وَظَاهِرِ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَهَا بِذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ
 لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مَوَاتٌ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ إِلَّا بِالْعَمَلِ وَالْمُؤَنَةِ ، فَمُلِكٌ بِالْإِحْيَاءِ ، كَالْأَرْضِ ،
 وَلِأَنَّهُ بِإِظْهَارِهِ تَهَيُّأٌ لِلانْتِفَاعِ بِهِ ، مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ إِلَى تَكَرُّارِ ذَلِكَ الْعَمَلِ ، فَاشْتَبَهَ الْأَرْضَ
 إِذَا جَاءَهَا بِمَاءٍ أَوْ حَاطَهَا . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ الْإِحْيَاءَ الَّذِي يَمْلِكُ بِهِ ، هُوَ الْعِمَارَةُ الَّتِي
 تَهَيُّأُ بِهَا الْمُحْيَى لِلانْتِفَاعِ مِنْ غَيْرِ تَكَرُّارِ عَمَلٍ ، وَهَذَا حَفَرٌ وَتَحْرِيبٌ^(١٥) ، يَحْتَاجُ إِلَى
 تَكَرُّارٍ عِنْدَ كُلِّ انْتِفَاعٍ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ اخْتَفَرَ بَيْتًا مَلِكُهَا ، وَمَلَكَ حَرِيمَهَا . قُلْنَا :
 الْبَيْتُ تَهَيُّأٌ لِلانْتِفَاعِ بِهَا مِنْ غَيْرِ تَجْدِيدِ حَفَرٍ وَلَا عِمَارَةٍ ، وَهَذِهِ الْمَعَادِنُ تَحْتَاجُ عِنْدَ
 كُلِّ انْتِفَاعٍ إِلَى عَمَلٍ وَعِمَارَةٍ ، فَافْتَرَقَا . قَالَ أَصْحَابُنَا : وَلَيْسَ لِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهَا ؛

(١٢ - ١٣) سقط من : الأصل .

(١٣) في الأصل : « الحاجة » .

(١٤) في ب ، م : « تملك » .

(١٥) في ب ، م : « وتحريبه » .

لأنها لا تُملك بالإحياء . والصحيح جواز ذلك ؛ لأن النبي ﷺ أقطع لبلال بن الحارث معادن القبيلة ، جلسيتها وغوريها^(١٦) . (١٧) رواه أبو داود ، وغيره^(١٧) .

فصل : ومن أحياء أرضاً ، فملكها بذلك ، فظهر فيها معدن ، ملكه ظاهراً كان أو باطناً ، إذا كان من المعادن الجامدة ؛ لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها ، وهذا منها . ويُفارق الكنز ؛ فإنه مودع فيها ، وليس من أجزائها . ويُفارق ما إذا كان ظاهراً قبل إحيائها ؛ لأنه قطع عن المسلمين نفعا كان واصلاً إليهم ، ومنعهم انتفاعاً كان لهم ، وههنا لم يقطع عنهم شيئاً ؛ لأنه إنما ظهر بإظهاره له . ولو تحجر الأرض ، أو أقطعها ، / فظهر فيها المعدن قبل إحيائها ، لكان له إحيائها ، ويملكها بما فيها ؛ لأنه صار أحق به بتحجره وإقطاعه ، فلم يمنع من إتمام حقه . وأما المعادن الجارية ، كالقار ، والتفط ، والماء ، فهل يملكها من ظهرت في ملكه ؟ فيه روايتان ؛ أظهرهما ، لا يملكها ؛ لقول النبي ﷺ : « الناس شركاء في ثلاث : في الماء ، والكلاء ، والنار »^(١٨) . رواه الحلال . ولأنها ليست من أجزاء الأرض ، فلم يملكها بملك الأرض ، كالكنز . والثانية ، يملكها ؛ لأنها حاركة من أرضه المملوكة له ، فأشبهت الزرع والمعادن الجامدة .

فصل : ولو شرع إنسان في حفر معدن ، ولم يصل إلى النبل ، صار أحق به ، كالمُتَحَجِّرِ الشارِع في الإحياء ، فإذا وصل إلى النبل صار أحق بالأخذ منه ، مادام مُقِيمًا على الأخذ منه ، وهل يملكه بذلك ؟ فيه ما قد ذكرنا من قبل . وإن حفر آخر من ناحية أخرى ، لم يكن له منعه . وإذا وصل إلى ذلك العرق ، لم يكن له منعه ، سواء

(١٦) المجلسي : ما كان من أرض نجد . والغوري : ما كان من بلاد تهامة .

(١٧ - ١٧) سقط من : ب ، م .

وتقدم تخريجه في : ٢٤٠/٤ ، ٢٤١ .

(١٨) تقدم تخريجه في : ١٤٦/٦ .

قلنا : إِنَّ الْمَعْدِنَ يُمْلِكُ بِحَفْرِهِ . أو لم تُقَلْ ؛ لَأَنَّهُ إِنْ مَلَكَه ، فَإِنَّمَا يَمْلِكُ الْمَكَانَ الَّذِي حَفَرَهُ ، وَأَمَّا الْعِرْقُ الَّذِي فِي الْأَرْضِ فَلَا يَمْلِكُهُ بِذَلِكَ . وَمَنْ وَصَلَ إِلَيْهِ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى ، فَلَهُ أَخْذُهُ . وَلَوْ ظَهَرَ فِي مِلْكِهِ مَعْدِنٌ ، بَحِثْ يَخْرُجُ النَّيْلُ عَنْ أَرْضِهِ ، فَحَفَرَ إِنْسَانٌ مِنْ خَارِجِ أَرْضِهِ ، كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مَا خَرَجَ عَنْ أَرْضِهِ مِنْهُ ؛ لَأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ ، إِنَّمَا مَلَكَ مَا هُوَ مِنْ أَجْزَاءِ أَرْضِهِ ، وَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ مَا كَانَ دَاخِلًا فِي أَرْضِهِ مِنْ أَجْزَاءِ الْأَرْضِ الْبَاطِنَةِ ، كَمَا لَا يَمْلِكُ أَحَدٌ أَجْزَائِهَا الظَّاهِرَةَ . وَلَوْ حَفَرَ كَافِرٌ فِي دَارِ الْحَرْبِ مَعْدِنًا ، فَوَصَلَ إِلَى النَّيْلِ ، ثُمَّ فَتَحَهَا الْمُسْلِمُونَ عَنُودًا ، لَمْ تَصِرْ غَنِيمَةً ، وَكَانَ وُجُودُ عَمَلِهِ وَعَدَمُهُ وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ عَامِرَهُ لَمْ يَمْلِكْهُ بِذَلِكَ ، وَلَوْ مَلَكَه فَإِنَّ الْأَرْضَ كُلَّهَا تَصِيرُ وَقْفًا لِلْمُسْلِمِينَ ، وَهَذَا يَنْصَرِفُ إِلَى مَصْلَحَةٍ مِنْ مَصَالِحِهِمْ ، فَتُعَيَّنُ لَهَا ، كَمَا لَوْ ظَهَرَ بِفِعْلٍ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : ولو كان في المَوَاتِ مَوْضِعٌ يُمَكِّنُ أَنْ يَحْدُثَ فِيهِ مَعْدِنًا ظَاهِرًا ، كَمَوْضِعٍ عَلَى شَاطِئِ^(١٩) الْبَحْرِ ، إِذَا صَارَ^(٢٠) فِيهِ مَاءُ الْبَحْرِ صَارَ مِلْحًا ، مُلْكٌ بِالْإِحْيَاءِ ، وَجَازَ لِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهُ ؛ لَأَنَّهُ لَا يُضَيِّقُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ بِإِحْدَائِهِ ، بَلْ يَحْدُثُ نَفْعُهُ بِفِعْلِهِ ، فَلَمْ يُنْعَمْ مِنْهُ ، كَبَقِيَّةِ الْمَوَاتِ ، وَإِحْيَاءُ هَذَا بِنَهْيَتِهِ لَمَّا يَصْلُحُ لَهُ ، مِنْ حَفْرِ ثَرَابِهِ ، وَتَمْهِيدِهِ ، وَفَتْحِ قَنَاةٍ إِلَيْهِ تُصَبُّ الْمَاءُ فِيهِ ؛ لَأَنَّهُ يَتَهَيَّأُ بِهَذَا الْإِنْتِفَاعُ بِهِ .

فصل : وَمَنْ مَلَكَ مَعْدِنًا ، فَعَمِلَ فِيهِ غَيْرُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَمَا حَصَلَ مِنْهُ فَهُوَ لِمَالِكِهِ ، وَلَا أَجَرَ لِلْغَاصِبِ عَلَى عَمَلِهِ ؛ لَأَنَّهُ عَمِلَ فِي مِلْكٍ / غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ حَصَدَ زَرْعَ غَيْرِهِ^(٢١) بِغَيْرِ إِذْنِهِ^(٢٢) . وَإِنْ قَالَ مَالِكُهُ : اْعْمَلْ فِيهِ ، وَلَكِ مَا يَخْرُجُ مِنْهُ . فَلَهُ ذَلِكَ ، وَلَا شَيْءَ لِصَاحِبِ الْمَعْدِنِ فِيهِ ؛ لَأَنَّهُ إِبَاحَةٌ مِنْ مَالِكِهِ ، فَمَلَكَ مَا أَخْذَهُ ، كَمَا لَوْ أَبَاحَهُ الْأَخْذَ مِنْ دَارِهِ أَوْ بُسْتَانِهِ . وَإِنْ قَالَ : اْعْمَلْ فِيهِ ، عَلَى أَنَّ مَا رَزَقَ اللَّهُ مِنْ نَيْلٍ

(١٩) فِي الْأَصْلِ : « شَط » .

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : « حَصَلَ » .

(٢١ - ٢٢) سَقَطَ مِنْ : ب ، م ،

كانَ بَيْنَنَا نِصْفَيْنِ . فَعَمِلَ ، فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَجُوزُ ، وَمَا يُأْخُذُهُ يَكُونُ بَيْنَهُمَا .
 كَمَا لَوْ قَالَ لَهُ : احْصُدْ هَذَا الزَّرْعَ بِنِصْفِهِ أَوْ ثُلُثِهِ . وَلَأَنَّهَُا عَيْنٌ تُنْمَى بِالْعَمَلِ عَلَيْهَا ، فَصَحَّ
 الْعَمَلُ فِيهَا بِبَعْضِهِ ، كَالْمُضَارَبَةِ فِي الْأَثْمَانِ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مَا يَحْصُلُ مِنْهُ
 مَجْهُوْلٌ ، وَلَأَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ إِجَارَةٌ ؛ لِأَنَّ الْعَوَضَ مَجْهُوْلٌ ، وَالْعَمَلُ مَجْهُوْلٌ ،
 وَلَا جَعَالَةٌ ؛ لِأَنَّ الْعَوَضَ مَجْهُوْلٌ ، وَلَا مُضَارَبَةٌ ؛ لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ إِنَّمَا تَصِحُّ بِالْأَثْمَانِ ،
 عَلَى أَنْ يُرَدَّرَأْسَ الْمَالِ ، وَتَكُونَ لَهُ حِصَّةٌ مِنَ الرَّبْحِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ هَهُنَا . وَفَارَقَ حَصَادَ
 الزَّرْعِ بِنِصْفِهِ أَوْ جُزْءٍ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الزَّرْعَ مَعْلُومٌ بِالمُشَاهَدَةِ ، وَمَا عَلِمَ جَمِيعُهُ عَلِمَ
 جُزْؤُهُ ، بِخِلَافِ هَذَا . وَإِنْ قَالَ : اعْمَلْ فِيهِ كَذَا ، وَلَكَ مَا يَحْصُلُ مِنْهُ ، بِشَرْطِ أَنْ
 تُعْطِيَنِي أَلْفًا . أَوْ شَيْئًا مَعْلُومًا . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ لِمَجْهُوْلٍ ، وَلَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مُعَامَلَةٌ
 كَالْمُضَارَبَةِ ، لَمَّا ذَكَرْنَا ، وَلِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ تَكُونُ بِجُزْءٍ مِنَ النَّعْمَاءِ ، لَا دَرَاهِمَ مَعْلُومَةٍ .
 قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا أَخَذَ مَعْدِنًا مِنْ قَوْمٍ ، عَلَى أَنْ يَعْمُرَهُ ، وَيَعْمَلَ فِيهِ ، وَيُعْطِيَهُمْ أَلْفَى
 مَنًا^(٢٢) وَأَلْفَ مَنًا صُفْرًا . فَذَلِكَ مَكْرُوهٌ^(٢٣) وَلَمْ يُرَخَّصْ فِيهِ .

فصل^(٢٤) : إِذَا اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَحْفَرَ لَهُ عَشْرَةَ أَذْرَعٍ ، فِي دَوْرٍ كَذَا ، بِدَيْنَارٍ .
 صَحَّ ؛ لِأَنَّهَُا إِجَارَةٌ مَعْلُومَةٌ . وَإِنْ ظَهَرَ عِرْقُ ذَهَبٍ ، فَقَالَ : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتُخْرِجَهُ
 بِدَيْنَارٍ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ مَجْهُوْلٌ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ اسْتَخَرَجْتَهُ فَلَكَ دَيْنَارٌ . صَحَّ ،
 وَيَكُونُ جَعَالَةً ؛ لِأَنَّ الْجَعَالََةَ تَصِحُّ عَلَى عَمَلٍ مَجْهُوْلٍ ، إِذَا كَانَ الْعَوَضُ مَعْلُومًا .

فصل : وَمَنْ سَبَقَ فِي الْمَوَاتِ إِلَى مَعْدِنٍ ظَاهِرٍ أَوْ بَاطِنٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِمَا يَنَالُ مِنْهُ ؛ لِقَوْلِ
 النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَالٍ يَسْبِقُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ لَهُ »^(٢٥) . فَإِنْ أَخَذَ قَدَرٌ
 حَاجَتَهُ ، وَأَرَادَ الْإِقَامَةَ فِيهِ بَحِثَ يَمْنَعُ غَيْرَهُ ، مُنِعَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يُضَيِّقُ عَلَى النَّاسِ مَا لَا تَنْفَعُ

(٢٢) الْمَنَّا : كَيْلٌ أَوْ مِيزَانٌ .

(٢٣) فِي ب ، م : « الْمَكْرُوهُ » .

(٢٤) لَمْ يَرِدْ هَذَا الْفَصْلُ فِي : الْأَصْلِ .

(٢٥) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ١٥٢ .

فيه ، فأشبهه ما لو وَقَفَ في مَشْرَعَةِ المَاءِ لغير حاجة . وإن أَطَالَ المَقَامَ والأَخَذَ ، اِحْتَمَلَ أن يُمْنَعَ ؛ لأنَّهُ يَصِيرُ كالمُتَمَلِّكِ لَهُ . وَاِحْتَمَلَ أن لَا يُمْنَعَ ؛ لِإِطْلَاقِ الحَدِيثِ . وإن اسْتَبَقَ إليه اثنانِ ، وضَاقَ المكانُ عنهما ، أَقْرَعَ بينهما ؛ لأنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لأحدهما على صاحبه . وَيَحْتَمِلُ أن يُقَسَمَ بينهما ؛ لأنَّهُ يُمَكِّنُ قِسْمَتَهُ ، وقد تَسَاوَيَا فيه ، فيُقَسَمُ بينهما ، كما لو تَدَاعَيَا عَيْنًا في أَيْدِيهِمَا وَلَا بَيِّنَةَ لأحدهما بها . وَيَحْتَمِلُ أن يُقَدَّمَ الإمامُ مَنْ يَرى منهما ؛ لأنَّ لَهُ نَظْرًا . وَذَكَرَ القاضِي وَجْهًا رابعًا ، وهو أَنَّ الإمامَ يَنْصَبُ مَنْ يَأْخُذُ لهما ، وَيُقَسَمُ بينهما . وهذا التَّفْصِيلُ مذهبُ الشَّافِعِيِّ .

و ١٣٧/٥ **فصل** : وما نَضَبَ عنه الماءُ من الجَزَائِرِ ، لم يُمَلِّكْ بالإحياءِ . قال أحمدُ ، في رِوَايَةٍ العَبَّاسِ ابنِ موسى ^(٢٦) : إِذَا نَضَبَ الماءُ عن جَزِيرَةٍ ، إلى قَنَاةٍ ^(٢٧) رَجُلٍ ، لم يَبْنِ فيها ؛ لأنَّ فيه ضَرَرًا ، وهو أَنَّ الماءَ يَرْجِعُ . يعني أَنَّهُ يَرْجِعُ إلى ذَلِكَ المكانِ ، فَإِذَا وَجَدَهُ مَبْنِيًا ، رَجَعَ إلى الجَانِبِ الآخَرِ ، فَأَضَرَّ بِأَهْلِهِ . وَلأنَّ الجَزَائِرَ مَنبِتُ الكَلَأِ وَالْحَطَبِ ، فَجَرَتْ مَجْرَى المَعَادِنِ الظَّاهِرَةِ ، وَقَدْ قال النَّبِيُّ ﷺ : « لَا حِمَى في الأَرَالِكِ » ^(٢٨) . وقال أحمدُ ، في رِوَايَةٍ حَرْبٍ : يُروى عن عُمَرَ ، أَنَّهُ أَبَاحَ ^(٢٩) الجَزَائِرَ . ^(٣٠) يعني أَبَاحَ ما يَنْبِتُ ^(٣١) في الجَزَائِرِ مِنَ النَّبَاتِ ، وقال : إِذَا نَضَبَ الفُرَاتُ عَن شَيْءٍ ، ثم نَبَتَ فيه ^(٣٢) نَبَاتٌ ، فَجَاءَ رَجُلٌ فَمَنَعَ ^(٣٣) النَّاسَ مِنْهُ ، فليس لَهُ ذَلِكَ . فَأَمَّا إِنْ غَلَبَ الماءُ على مِلْكٍ إِنْسَانٍ ، ثم عادَ فَنَضَبَ عنه ، فَلهُ أَخْذُهُ ، فلا يَزُولُ مِلْكُهُ بِغَلْبَةِ الماءِ عليه . وإن

(٢٦) العباس بن محمد بن موسى الخلال ، بغدادى ، من أصحاب الإمام أحمد الأولين ، الذين كان يعتديهم ، وله مسائل عن أبى عبد الله ، يقول فيها : قبل الحبس وبعده . طبقات الحنابلة ٢٣٩/١ .

(٢٧) في ب ، م : « قَنَاة » .

(٢٨) تقدم في صفحة ١٥٥ .

(٢٩) في الأصل زيادة : « ما نبت » .

(٣٠ - ٣١) سقط من : الأصل .

(٣١) في ب ، م : « عن » .

(٣٢) في ب ، م : « يمنع » .

كان ما نَضَبَ عنه الماء لا يَنْتَفِعُ به أحدٌ ، فَعَمَرَهُ رَجُلٌ عِمَارَةً لا تَرُدُّ الماءَ ، مثل أن يجعله مَزْرَعَةً ، فهو أَحَقُّ به من غيره ؛ لأنه مُتَحَجِّرٌ لما ليس لمُسْلِمٍ فيه حَقٌّ ، فأشبهَ التَّحَجُّرَ في المَوَاتِ .

فصل : وما كان من الشُّوَارِعِ والطُّرُقَاتِ والرَّحَابِ بين العُمَرَانِ ، فليس لأحدٍ إحياءُهُ ، سواءً كان واسعاً أو ضيقاً ، وسواءً ضيقٌ على الناسِ بذلك^(٣٣) أو لم يُضَيَّقْ ؛ لأنَّ ذلك يَشْتَرِكُ فيه المُسْلِمُونَ ، وتَعَلَّقُ به مَصْلَحَتُهُمْ ، فأشبهَ مَسَاجِدَهُمْ . ويجوزُ الاتفاقُ بالقُعُودِ في الواسِعِ من ذلك لِلْبَيْعِ والشُّرَاءِ ، على وَجْهِ لا يُضَيِّقُ على أحدٍ ، ولا يَضُرُّ بالمَارَّةِ ؛ لِاتِّفَاقِ أَهْلِ الْأَمْصَارِ في جَمِيعِ الْأَعْصَارِ على إقْرَارِ النَّاسِ على ذلك ، من غيرِ إنكارٍ ، ولأنَّه اِتِّفَاقٌ مُبَاحٌ من غيرِ إضْطِرَّارٍ ، فلم يُمنَعْ منه ، كالأجْتِيَاذِ ، قال أحمدٌ ، في السَّابِقِ إلى ذَكَائِنِ السُّوقِ غُدُوَّةٌ : فهو له إلى اللَّيْلِ . وكان هذا في سَوَاقِ الْمَدِينَةِ فيما مَضَى . وقد قال النَّبِيُّ ﷺ : « مَنِ مَنَّاخٌ مِنْ سَبَقٍ »^(٣٤) . وله أن يُظَلَّلَ على نَفْسِهِ ، بما لا ضَرَرَ فيه ، من بَارِيَّةٍ^(٣٥) ، وتَأْبُوتٍ ، وكِسَاءٍ ، ونَحْوِهِ ؛ لأنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إليه من غيرِ مَضَرَّةٍ فيه . وليس له الْبِنَاءُ لَذِكَّةٍ ولا غَيْرِهَا ؛ لأنه يُضَيِّقُ على النَّاسِ ، وَيَعْتَرِضُ به المَارَّةُ بِاللَّيْلِ ، والضَّرِيرُ في اللَّيْلِ والنَّهَارِ ، وَيَبْقَى على الدَّوَامِ ، فرمما ادَّعَى مِلْكَهُ بِسَبَبِ ذلك . والسَّابِقُ أَحَقُّ به مادام فيه ، فإن قَامَ وَتَرَكَ مَتَاعَهُ فيه ، لم يُجْزَلْ لغيرِهِ إِزَالَتُهُ ؛ لأنَّ يَدَ الْأَوَّلِ عليه ، وإن نَقَلَ مَتَاعَهُ ، كان لغيرِهِ أن يَقْعُدَ فيه ؛ لأنَّ يَدَهُ قَدْ زَالَتْ . وإن قَعَدَ وَأَطَالَ ، مُنِعَ من ذلك ؛ لأنه يَصِيرُ كَالْمُتَمَلِّكِ ، وَيَخْتَصُّ بِنَفْعٍ يُسَاوِيهِ غَيْرُهُ في اسْتِحْقَاقِهِ . وَيَحْتَمِلُ أن لا يُزَالَ ؛ لأنه سَبَقَ إلى ما / لم يَسْبِقْ إليه مُسْلِمٌ . وإن اسْتَبَقَ اثْنَانِ ١٣٧/٥ ط إليه ، احْتَمَلَ أن يُقَرَّعَ بينهما ، واحْتَمَلَ أن يُقَدَّمَ الْإِمَامُ مَنْ يَرَى مِنْهُمَا . وإن كان الْجَالِسُ

(٣٣) سقط من : ب ، م .

(٣٤) تقدم تخريجه في : ٣٦٧/٦ .

(٣٥) البارية : الحَصِيرُ .

يُضَيِّقُ عَلَى الْمَارَّةِ ، لَمْ يَجْلُ لَهُ الْجُلُوسُ فِيهِ ، وَلَا يَجْلُ لِلْإِمَامِ تَمَكِينُهُ بِعَوَضٍ ، وَلَا غَيْرِهِ . قَالَ أَحْمَدُ : مَا كَانَ يَتَّبَعِي لَنَا أَنْ نَشْتَرِيَ مِنْ هَؤُلَاءِ الَّذِينَ يَبِيعُونَ عَلَى الطَّرِيقِ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّ الطَّرِيقَ ضَيِّقٌ ، أَوْ يَكُونُ يُؤْذِي الْمَارَّةَ ؛ لَمَّا تَقَدَّمَ ذِكْرُنَا لَهُ . وَقَالَ : لَا يُعْجِبُنِي الطَّحْنُ فِي الْعُرُوبِ إِذَا كَانَتْ فِي طَرِيقِ النَّاسِ . وَهُوَ السُّفْنُ الَّتِي يُطْحَنُ فِيهَا فِي الْمَاءِ الْجَارِي . إِنَّمَا كَرِهَ ذَلِكَ ، لِتَضْيِيقِهَا طَرِيقَ السُّفْنِ الْمَارَّةِ فِي الْمَاءِ . قَالَ أَحْمَدُ : رَبَّمَا غَرِقَتِ السُّفْنُ ، فَأَرَى لِلرَّجُلِ أَنْ يَتَوَقَّى الشَّرَاءَ مِمَّا يُطْحَنُ بِهَا .

فصل : في القطائع ، وهى ضربان ؛ أحدهما ، إقطاعُ إِرْفَاقٍ ، وذلك إقطاعُ مَقَاعِدِ السُّوقِ ، وَالطَّرِيقِ الْوَاسِعَةِ ، وَرِحَابِ الْمَسَاجِدِ ، الَّتِي ذَكَّرْنَا أَنَّ لِلْسَّابِقِ إِلَيْهَا الْجُلُوسَ فِيهَا^(٣٦) ، فَلِلْإِمَامِ إقطاعُهَا لِمَنْ يَجْلِسُ فِيهَا ؛ لِأَنَّ لَهُ فِي ذَلِكَ اجْتِهَادًا ، مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَا يَجُوزُ الْجُلُوسُ إِلَّا فِيمَا لَا يَضُرُّ بِالْمَارَّةِ ، فَكَانَ لِلْإِمَامِ أَنْ يُجْلِسَ فِيهَا مَنْ لَا يَرَى أَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِجُلُوسِهِ . وَلَا يَمْلِكُهَا الْمُقْطَعُ بِذَلِكَ ، بَلْ يَكُونُ أَحَقُّ بِالْجُلُوسِ فِيهَا مِنْ غَيْرِهِ ، بِمَنْزِلَةِ السَّابِقِ إِلَيْهَا مِنْ غَيْرِ إقطاعٍ ، سَوَاءً ، إِلَّا فِي شَيْءٍ وَاحِدٍ ، وَهُوَ أَنَّ السَّابِقَ إِذَا تَقَلَّ مَتَاعَهُ عَنْهَا ، فَلْغَيْرِهِ الْجُلُوسُ فِيهَا ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَهُ لَهَا بِسَبْقِهِ إِلَيْهَا ، وَمُقَامِهِ فِيهَا ، فَإِذَا اتَّقَلَ عَنْهَا ، زَالَ اسْتِحْقَاقُهُ ، لِزَوَالِ الْمَعْنَى الَّتِي اسْتَحَقَّ بِهِ ، وَهَذَا اسْتَحَقُّ بِإِقطاعِ الْإِمَامِ ، فَلَا يُزَوَّلُ حَقُّهُ بِتَقَلُّ مَتَاعِهِ ، وَلَا لَغَيْرِهِ^(٣٧) الْجُلُوسُ فِيهِ ، وَحُكْمُهُ فِي التَّظْلِيلِ عَلَى نَفْسِهِ بِمَا لَيْسَ بِنَاءٍ ، وَمَنْعُهُ مِنَ الْبِنَاءِ ، وَمَنْعُهُ إِذَا طَالَ مُقَامُهُ ، حُكْمُ السَّابِقِ ، عَلَى مَا أَسْلَفْنَاهُ . الثَّانِي ، إقطاعُ مَوَاتٍ مِنَ الْأَرْضِ لِمَنْ يُحْيِيهَا ، فَيَجُوزُ ذَلِكَ ؛ لِمَارُوى وَائِلُ بْنُ حُجْرٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَقْطَعَهُ أَرْضًا ، فَأَرْسَلَ مُعَاوِيَةَ أَنْ « أَعْطَهُ إِيَّاهُ ، أَوْ أَعْلَمَهُ إِيَّاهُ » . حَدِيثٌ صَحِيحٌ^(٣٨) . وَأَقْطَعَ بِلَالُ بْنُ الْحَارِثِ

(٣٦) سقط من : ب ، م .

(٣٧) في ب ، م : يضره .

(٣٨) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٣ .

المُزْنِيَّ^(٣٩) ، وأبيض بن حمّال المَارِبِيُّ^(٤٠) ، وأقطع الزُّبَيْرِ حُضْرَ فَرَسِيهِ^(٤١) ، فأَجْرَى فَرَسَهُ حَتَّى قَامَ وَرَمَى بِسَوْطِهِ ، فَقَالَ : « أَعْطُوهُ مِنْ حَيْثُ وَقَعَ السَّوْطُ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ^(٤٢) . وَذَكَرَ الْبُخَارِيُّ^(٤٣) ، عَنْ أَنَسٍ قَالَ : دَعَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْأَنْصَارَ لِيُقْطَعَ لَهُمَ بِالْبَحْرَيْنِ^(٤٤) . فَقَالُوا : يَا رَسُولَ اللَّهِ : إِنْ فَعَلْتَ ، فَكُتِبَ لِإِخْوَانِنَا مِنْ قُرَيْشٍ بِمِثْلِهَا . وَرَوَى أَنَّ أَبَا بَكْرٍ أَقْطَعَ طَلْحَةَ بْنَ عُبَيْدِ اللَّهِ أَرْضًا ، وَأَنَّ عُثْمَانَ أَقْطَعَ خَمْسَةَ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ ؛ / الزُّبَيْرِ ، وَسَعْدًا ، وَابْنَ مَسْعُودٍ ، وَأُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ ، وَخُبَّابَ بْنَ الْأَرْتِ . وَيُرْوَى عَنْ نَافِعٍ أُنَى عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّهُ قَالَ لِعُمَرَ : إِنْ قَبَلْنَا أَرْضًا بِالْبَصْرَةِ ، لَيْسَتْ مِنْ أَرْضِ الْخَرَاجِ ، وَلَا تَضُرُّ بِأَحَدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ، فَإِنْ رَأَيْتَ أَنَّ تُقْطَعُ فِيهَا أَنْتُخِذُ فِيهَا قَصِيلاً^(٤٥) لِيُخْلَى ، فَافْعَلْ . قَالَ : فَكُتِبَ عَمْرُ إِلَى أُنَى مُوسَى : إِنْ كَانَتْ كَمَا يَقُولُ ، فَاقْطَعُهَا إِلَيْهَا . رَوَى هَذِهِ الْأَثَارَ كُلُّهَا أَبُو عُبَيْدٍ ، فِي « الْأَمْوَالِ »^(٤٦) . وَرَوَى سَعِيدٌ ، عَنْ سُفْيَانَ ، عَنْ أُنَى نُجَيْحٍ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ نَاسًا مِنْ جُهَيْنَةَ أَوْ مَزِينَةَ أَرْضًا^(٤٧) . إِذَا بَيَّنْتَ هَذَا ، فَإِنَّ مَنْ أَقْطَعَهُ الْإِمَامُ شَيْئًا مِنَ الْمَوَاتِ ، لَمْ يَمْلِكْهُ بِذَلِكَ ، لَكِنْ يَصِيرُ أَحَقُّ بِهِ ، كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ ، بِدَلِيلِ مَا ذَكَرْنَا مِنْ حَدِيثِ بِلَالِ بْنِ الْحَارِثِ ، حَيْثُ اسْتَرْجَعَ

(٣٩) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٤ .

(٤٠) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٥ .

(٤١) حضر فرسه : عدوها ، أى قدر ما تعدو عدوة واحدة .

(٤٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى إقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ١٥٨/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٥٦/٢ .

(٤٣) فى : باب القطائع ، وباب كتابة القطائع ، من كتاب المساقاة . صحيح البخارى ١٥٠/٣ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١١١/٣ .

(٤٤) فى الأصل : « البحرين » .

(٤٥) القصيل : ما اقتصل من الزرع أخضر .

(٤٦) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥٣ .

(٤٧) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥٤ .

عمرُ منه ما عَجَزَ عن إحيائه من العَقِيقِ ، الذى أَقْطَعَهُ إِيَّاهُ رسولُ الله ﷺ (٤٨) ، ولو ملكه لم يَجْزُ اسْتِرْجَاعُهُ . وَرَدَّ عُمَرُ أَيْضًا قَطِيعَةً أَى بَكْرٍ لِعُيَيْنَةَ بنِ حِصْنٍ ، فَسَأَلَ عُيَيْنَةُ أَبَا بَكْرٍ أَنْ يُجَدِّدَ لَهُ كِتَابًا فَقَالَ : وَاللهِ لَا أُجَدِّدُ شَيْئًا رَدَّهُ عُمَرُ . رَوَاهُ أَبُو عُبَيْدٍ (٤٩) .

لَكِنَّ الْمُقْطَعَ يَصِيرُ أَحَقَّ بِهِ مِنْ سَائِرِ النَّاسِ ، وَأَوَّلَى بِإِحْيَائِهِ ، فَإِنْ أَحْيَاهُ ، وَإِلَّا قَالَ لَهُ السُّلْطَانُ : إِنْ أَحْيَيْتَهُ ، وَإِلَّا فَارْفَعْ يَدَكَ عَنْهُ . كَمَا قَالَ عُمَرُ لِبِلَالِ بنِ الْحَارِثِ الْمُزْنِىَّ : إِنْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَمْ يُقْطِعْكَ لِتَحْجُبَهُ دُونَ النَّاسِ ، وَإِنَّمَا أَقْطَعُكَ لِتَعُمَّرَ ، فَخُذْ مِنْهَا مَا قَدَّرْتَ عَلَى عِمَارَتِهِ ، وَرُدِّ الْبَاقِىَ . وَإِنْ طَلَبَ الْمُهْلَةَ لِعُذْرٍ ، أَمْهَلْ بِقَدْرِ ذَلِكَ . وَإِنْ طَلَبَهَا لِغَيْرِ عُذْرٍ ، لَمْ يُمَهَّلْ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْمُتَحَجِّرِ . وَإِنْ سَبَقَ غَيْرُهُ فَأَحْيَاهُ قَبْلَ أَنْ يُقَالَ لَهُ شَيْءٌ ، أَوْ فِي مَدَّةِ الْمُهْلَةِ ، فَهَلْ يَمْلِكُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَقَدَرُوا عَنْ عَمْرِو ابْنِ شُعَيْبٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ نَاسًا مِنْ جُهَيْنَةٍ أَوْ مَزِينَةٍ أَرْضًا ، فَعَطَّلُوهَا ، فَجَاءَ قَوْمٌ فَأَحْيَوْهَا ، فَخَاصَمَهُمُ الَّذِينَ أَقْطَعَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَقَالَ عُمَرُ : لَوْ كَانَتْ قَطِيعَةٌ مَنَى ، أَوْ مِنْ أَى بَكْرٍ ، لَمْ أُرَدِّهَا ، وَلَكِنَّهَا قَطِيعَةٌ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَأَنَا أُرَدُّهَا ! فَدَلَّ هَذَا عَلَى أَنَّهَا كَانَتْ قَطِيعَةً مِنْ غَيْرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَهِيَ لِمَنْ أَحْيَاهَا . وَالثَّانِى ، لَا يَمْلِكُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُقْطَعِ ، وَمَنْهُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ ، فَهِيَ لَهُ » . أَنَّهُ إِذَا تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ مُسْلِمٍ ، لَمْ يَجْزُ إِحْيَاؤُهَا . وَقَدْ ذَكَرْنَا الْوَجْهَيْنِ فِي الْمُتَحَجِّرِ ، وَهَذَا مِثْلُهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِىِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ كَتَحْوِ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وليس للإمام إقطاع ما لا يجوز إحياءه من المعادين الظاهرة ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا اسْتَقْطَعَهُ أَيْضُ بنِ حَمَالٍ الْمَلَحَ الَّذِى بِمَارِبٍ ، فَقِيلَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ : إِنَّمَا أَقْطَعْتَهُ

(٤٨) تقدم تحريجه في صفحة ١٥٣ .

(٤٩) الأموال ، ٢٧٦ ، ٢٧٧ .

الماء العِدُّ . رَجَعَهُ^(٥٠) منه . ولأنَّ في ذلك تَضْيِيقًا على المسلمين . وفي إقطاع المعادين الباطنةَ وَجْهَانِ ، ذَكَرْنَاهُمَا فيما مَضَى .

فصل : ولا يَنْبَغِي أَنْ يُقَطَّعَ الإمامُ أَحَدًا من المَوَاتِ ، إِلَّا ما يُمَكِّنُهُ إِحْيَاؤُهُ ؛ لِأَنَّ في إقطاعِهِ أَكْثَرَ من ذلك تَضْيِيقًا^(٥١) على الناسِ في حَقِّ مُشْتَرَكٍ بينهم ، بما لا فائِدةَ فيه . فَإِنْ فَعَلَ ، ثُمَّ تَبَيَّنَ عَجْزُهُ عن إِحْيَائِهِ ، اسْتَرْجَعَهُ مِنْهُ ، كما اسْتَرْجَعَ عُمَرُ من بِلَالِ بنِ الحَارِثِ ما عَجَزَ^(٥٢) عَنْهُ مِنْ^(٥٣) عِمَارَتِهِ من العَقِيقِ ، الذي أَقْطَعَهُ إِيَّاهُ رسولُ اللَّهِ ﷺ .

فصل : في الحِمَى ، ومعناه أَنْ يَحْمِيَ أَرْضًا من المَوَاتِ ، يَمْنَعُ النَّاسَ رَعَى ما فيها من الكَلَالِ ، لِيَخْتَصَّ بِها دونهم . وكانت العربُ في الجاهليَّةِ تَعْرِفُ ذلك ، فكان منهم مَنْ إِذَا اتَّجَعَ بَلَدًا أَوْ فِى بَكْلَبٍ على نَشْرِ ، ثُمَّ اسْتَعْوَاهُ . وَوَقَفَ لَهُ من كُلِّ نَاحِيَةٍ مَنْ يَسْمَعُ صَوْتَهُ بِالْعَوَاءِ ، فحيثما انْتَهَى صَوْتُهُ حَمَاهُ من كُلِّ نَاحِيَةٍ لِنَفْسِهِ ، وَيَرْعَى مع العامَّةِ فيما سِوَاهُ . فَنهَى رسولُ اللَّهِ ﷺ عَنْهُ ؛ لِمَا فيه من التَّضْيِيقِ على الناسِ ، وَمَنْعِهِمْ من الِاتِّفَاعِ بِشَيْءٍ لَهُمْ فيه حَقٌّ . وَروى الصَّعْبُ بنُ جَثَّامَةَ ، قال : سَمِعْتُ رسولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٥٤) . وقال : « النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ : الْمَاءِ ، وَالنَّارِ ، وَالْكَلَالِ » رَوَاهُ الْخَلَّالُ^(٥٥) . وليس لأحدٍ من الناسِ سِوَى الْأَئِمَّةِ أَنْ يَحْمِيَ ؛ لما ذَكَرْنَا من الْخَبَرِ وَالْمَعْنَى . فَأَمَّا النَّبِيُّ ﷺ ، فكان له أَنْ يَحْمِيَ

(٥٠) في ب ، م : « فَأَرْجَعَهُ » .

(٥١) في الأصل : « تَضْيِيقًا » .

(٥٢ - ٥٣) في ب ، م : « عَنْ » .

(٥٣) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٣ .

(٥٤) في : باب في الأرض يحميها الإمام أو الرجل ، من كتاب الخراج . سنن أبي داود ١٦٠/٢ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب لا حمى إلا لله ولرسوله ، من كتاب المساقاة ، وفي : باب أهل الدار يبيتون ... ،

من كتاب الجهاد . صحيح البخاري ١٤٨/٣ ، ٧٤/٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٨/٤ ، ٧١ ، ٧٣ .

(٥٥) تقدم تخريجه في : ١٤٦/٦ .

لِنَفْسِهِ وَلِلْمُسْلِمِينَ ؛ لقوله في الخبر : « لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ » . لكنه لم يحم
لِنَفْسِهِ شيئا ، وإنما حمى للمسلمين ، فقد روى ابن عمر ، قال : حمى النبي ﷺ
التَّقِيعَ لِخَيْلِ الْمُسْلِمِينَ . رواه أبو عبيد^(٥٦) . والتَّقِيعُ ، بالتَّوْنِ : موضعٌ يُنْتَقَعُ فيه
الماءُ ، فيكثر^(٥٧) فيه الخصبُ ، لِمَكَانٍ ما يصيرُ فيه من الماءِ . وأما سائرُ أئمةِ
المسلمين ، فليس لهم أن يحموا لأنفسهم شيئا ، ولكن لهم أن يحموا مواضع لترعى
فيها خيلُ المُجاهدين ، ونعمُ الجزية ، وإبلُ / الصدقة ، وضوالُ الناس التي يقومُ الإمامُ
بحفظها ، وما شية الضعيف من الناس ، على وجه لا يستصيرُ به من سواه من الناس .
وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي في صحيح قوليه ، وقال في الآخر : ليس
لغير النبي ﷺ أن يحمى ؛ لقوله : « لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ » . ولنا ، أن عمرَ
وعثمانَ حميا ، واشتهر ذلك في الصحابة ، فلم يُنكرَ عليهما ، فكان إجماعا . وروى
أبو عبيد^(٥٨) ، بإسناده عن عامر بن عبد الله بن الزبير ، أحسبه عن أبيه ، قال : أتى
أعرابيُّ عمرَ ، فقال : يا أمير المؤمنين ، بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية ، وأسلمنا عليها
في الإسلام ، علامَ نحميمها ؟ فأطرق عمرُ ، وجعل ينفخُ ، ويفتلُ شاربهُ ، وكان إذا
كرهه أمرٌ قتلَ شاربهُ ، ونفخَ . فلما رأى الأعرابيُّ ما به جعل يرددُ ذلك ، فقال عمرُ :
المالُ مالُ الله ، والعبادُ عبادُ الله ، والله لو لا ما أحملُ عليه في سبيلِ الله ما حميتُ شبرا
من الأرضِ في شبرٍ . وقال مالكٌ : بلغني أنه كان يحملُ في كلِّ عامٍ على أربعين ألفاً
من الظَّهرِ . وعن أسلم ، قال : سمعتُ عمرَ يقولُ لهنَّ حين استعمله على حمى
الرَّبَذَةِ^(٥٩) : يا هنى ، أضُمَّمُ جَنَاحَكَ عن الناس ، واتَّقِ دَعْوَةَ الْمَظْلُومِ فَإِنَّهَا
مُجَابَةٌ . وأدخلَ رَبَّ الصَّريمةِ والغنيمةِ ، ودعني من نعمِ ابنِ عوفٍ ونعمِ ابنِ عفَّانَ ،

(٥٦) في : باب حمى الأرض ذات الكلاً أو الماء . الأموال ٢٩٨ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٥٥/٢ ، ١٥٧ .

(٥٧) في الأصل : « ليكثر » .

(٥٨) في : باب حمى الأرض ذات الكلاً أو الماء . الأموال ٢٩٩ .

(٥٩) الربذة : موضع قرب المدينة .

فإنَّهَما إِنْ هَلَكَتْ مَاشِيَتُهُما رَجَعَا إِلَى تَحْلِيلِ وَزَرْعٍ ، وَإِنْ هَذَا الْمِسْكِينُ إِنْ هَلَكَتْ مَاشِيَتُهُ ، جَاءَ يَصْرُخُ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ . فَالْكَلَاءُ أَهْوَنُ عَلَى أُمِّ غُرْمِ الذَّهَبِ وَالْوَرَقِ ، إِنَّهَا أَرْضُهُمْ قَاتَلُوا عَلَيْهَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ ، وَأَسْلَمُوا عَلَيْهَا فِي الْإِسْلَامِ ، وَإِنَّهُمْ لَيَرَوْنَ أَنَّا نَظْلِمُهُمْ ، وَلَوْ لَا النِّعَمُ الَّتِي يُحْمَلُ عَلَيْهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، مَا حَمَيْتُ عَلَى النَّاسِ مِنْ بِلَادِهِمْ شَيْئاً أَبَداً . وَهَذَا إِجْمَاعُ مِنْهُمْ . وَلأنَّ مَا كَانَ لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ ، قَامَتِ الْأَئِمَّةُ فِيهِ مَقَامَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَقَدَرُوا عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَا أَطْعَمَ اللَّهُ لِنَبِيِّ طُعْمَةً إِلَّا جَعَلَهَا طُعْمَةً لِمَنْ بَعْدَهُ » (٦٠) . وَأَمَّا الْخَبْرُ فَمَخْصُوصٌ ، وَأَمَّا حِمَاةُ لِنَفْسِهِ ، فَيُفَارِقُ حِمَى النَّبِيِّ ﷺ لِنَفْسِهِ ، لأنَّ صَلَاحَهُ يَعُودُ إِلَى صَلَاحِ الْمُسْلِمِينَ ، وَمَالُهُ كَانَ يَرُدُّهُ فِي الْمُسْلِمِينَ ، فَفَارَقَ الْأَئِمَّةُ فِي ذَلِكَ ، وَسَاوَوْهُ فِيمَا كَانَ صَلَاحُ الْمُسْلِمِينَ ، وَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَحْمُوا إِلَّا قَدْرًا لَا يُضَيِّقُ (٦١) عَلَى الْمُسْلِمِينَ وَيَضُرُّ بِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا جازَ لَمَّا فِيهِ مِنَ الْمَصْلَحَةِ لَمَّا يَحْمَى ، وَلَيْسَ مِنَ الْمَصْلَحَةِ إِدْخَالُ الضَّرَرِ عَلَى أَكْثَرِ النَّاسِ .

فصل : وما حَمَاهُ النَّبِيُّ ﷺ ، فَلَيْسَ لِأَحَدٍ نَقْضُهُ ، وَلَا / تَغْيِيرُهُ ، مَعَ بَقَاءِ الْحَاجَةِ ١٣٩/٥ ط إِلَيْهِ . وَمِنْ أَحْيَا مِنْهُ شَيْئاً لَمْ يَمْلِكْهُ . وَإِنْ زَالَتِ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ . وَمَا حَمَاهُ غَيْرُهُ مِنَ الْأَئِمَّةِ ، فَغَيْرُهُ هُوَ أَوْ غَيْرُهُ مِنَ الْأَئِمَّةِ ، جازَ . وَإِنْ أَحْيَاهُ إِنْسَانٌ ، مَلَكُهُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ حِمَى الْأَئِمَّةِ اجْتِهَادًا ، وَمِلْكُ الْأَرْضِ بِالْإِحْيَاءِ نَصٌّ ، وَالنَّصُّ يُقَدَّمُ عَلَى الْجِهَادِ . وَالْوَجْهُ الْآخَرُ ، لَا يَمْلِكُهُ ؛ لِأَنَّهُ اجْتِهَادُ الْإِمَامِ لَا يَجُوزُ نَقْضُهُ ، كَمَا لَا يَجُوزُ نَقْضُ حُكْمِهِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا عَلَى نَحْوِ مَا قُلْنَا .

فصل : فِي أَحْكَامِ الْمِيَاهِ ، قَدْ ذَكَّرْنَا فِي الْبَيْعِ حُكْمَ مِلْكِهَا وَبَيْعِهَا ، وَنَذَكَّرُ هُنَا حُكْمَ السَّقْيِ بِهَا . فَنَقُولُ : لَا يَخْلُو الْمَاءُ مِنْ حَالَتَيْنِ ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ جَارِيًا ، أَوْ واقِفًا ، فَإِنْ كَانَ جَارِيًا فَهُوَ ضَرْبَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ فِي نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، وَهُوَ قِسْمَانِ ؛

(٦٠) أخرجه أبو داود ، في : باب صفايا رسول الله ﷺ من الأموال ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٣٠/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/١ .

(٦١) في ب ، م زيادة : « به » .

أحدهما ، أن يكون نَهْرًا عَظِيمًا ، كَالثَّلِثِ وَالْفُرَاتِ وَدِجْلَةَ ، وما أَشَبَّهَهَا مِنَ الْأَنْهَارِ الْعَظِيمَةِ ، التي لَا يَسْتَصِيرُ أَحَدٌ يَسْقِيهِ مِنْهَا ، فهذا لَا تَزَاحُمَ فِيهِ ، ولكل أَحَدٍ أَنْ يَسْقَى مِنْهَا مَا شَاءَ ، متى شَاءَ ، وكيف شَاءَ . القسم الثاني ، أن يكون نَهْرًا صَغِيرًا يَزْدَحِمُ النَّاسُ فِيهِ ^(٦٢) ، وَيَتَشَاخُونَ فِي مَائِهِ ، أَوْ سَيَلًا ^(٦٣) يَتَشَاخُ فِيهِ أَهْلُ الْأَرْضِ ^(٦٤) الشَّارِبَةِ مِنْهُ ، فَإِنَّهُ يُبْدَأُ بِمَنْ فِي أَوَّلِ النَّهْرِ ، فَيَسْقَى وَيَحْبِسُ الْمَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ إِلَى الْكَعْبِ ، ثُمَّ يُرْسِلُ إِلَى الذِي يَلِيهِ فَيَصْنَعُ كَذَلِكَ ، وعلى هذا إِلَى أَنْ تَنْتَهِيَ الْأَرْضُ كُلُّهَا . فَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ عَنِ الْأَوَّلِ شَيْءٌ ، أَوْ عَنِ الثَّانِي ، أَوْ عَمَّنْ يَلِيهِمْ فَلَا شَيْءَ ^(٦٥) لِلْبَاقِينَ ؛ لِأَنَّهُمْ ^(٦٦) لَيْسَ لَهُمْ إِلَّا مَا فَضَّلَ ، فَهَمُ كَالْعَصَبَةِ فِي الْمِيرَاثِ . وهذا قَوْلُ فَهْهَاءِ الْمَدِينَةِ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَلَا تَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا . وَالْأَصْلُ فِي هَذَا مَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الزُّبَيْرِ ، أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ خَاصَمَ الزُّبَيْرَ فِي شِرَاجِ الْحَرَّةِ ، التي يَسْقُونَ بِهَا ، إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ ﷺ : « اسْقِ يَا زُبَيْرُ ، ثُمَّ أَرْسِلِ الْمَاءَ إِلَى جَارِكَ » . فَغَضِبَ الْأَنْصَارِيُّ ، وَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَنْ كَانَ ابْنُ عَمَّتِكَ ؟ فَتَلَوْنَ وَجْهَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، ثُمَّ قَالَ : « يَا زُبَيْرُ اسْقِ ، ثُمَّ احْبِسِ الْمَاءَ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَى الْجَذْرِ » . قَالَ الزُّبَيْرُ : فَوَاللَّهِ إِنِّي لَأُحْسِبُ هَذِهِ الْآيَةَ تَزَلَّتْ فِيهِ : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾ ^(٦٧) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٦٨) . وَرَوَاهُ مَالِكٌ ، فِي

(٦٢) سقط من : الأصل .

(٦٣) في النسخ : « سيل » .

(٦٤) في الأصل : « الأرضين » .

(٦٥) في الأصل : « حق » .

(٦٦) في ب ، م ، « لأنه » .

(٦٧) سورة النساء ٦٥ .

(٦٨) أخرجه البخاري ، في : باب سكر الأنهار ، وباب شرب الأعلى قبل الأسفل ، وباب شرب الأعلى إلى الكمين ، من كتاب المساقاة ، وفي : باب إذا أشار الإمام بالصلح ... ، من كتاب الصلح ، وفي : باب ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ﴾ ... ، من كتاب التفسير . صحيح البخاري ١٤٥/٣ ، ١٤٦ ، ٢٤٥ ، ٥٧/٦ ، ٥٨ . ومسلم ، في : باب وجوب اتباعه ﷺ ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم =

١٨٣٠ ، ١٨٢٩/٤ .

« مُوطَّئِهِ »^(٦٩) عن الزُّهْرِيِّ ، عن عُرْوَةَ ، عن عبد الله بن الزُّبَيْرِ . وَذَكَرَ عَنْهُ
عبدُ الرَّزَّاقِ^(٦٩) ، عن مَعْمَرٍ ، عن الزُّهْرِيِّ قَالَ : نَظَرْنَا فِي قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « ثُمَّ
أَحْبَسَ الْمَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ إِلَى الْجَدْرِ / » . فَكَانَ ذَلِكَ إِلَى الْكَعْبَيْنِ . قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ : ١٤٠/٥ و
الشَّرَاجُ : جَمْعُ شَرْجٍ ، وَالشَّرَجُ : نَهْرٌ صَغِيرٌ ، وَالْحَرَّةُ : أَرْضٌ مُلْتَبِسَةٌ بِحِجَارَةٍ
سَوْدٍ ، وَالْجَدْرُ : الْجِدَارُ ، وَإِنَّمَا أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ الزُّبَيْرَ أَنْ يَسْقِيَ ثُمَّ يَرْسِلَ الْمَاءَ ، تَسْهِيلًا
عَلَى غَيْرِهِ ، فَلَمَّا قَالَ الْأَنْصَارِيُّ مَا قَالَ ، اسْتَوْعَى النَّبِيُّ ﷺ الزُّبَيْرَ حَقَّهُ . وَرَوَى
مَالِكٌ ، فِي « الْمُوطَّأِ »^(٧٠) أَيْضًا ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ حَزْمٍ ، أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ
رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ فِي سَبِيلِ مَهْزُوزٍ وَمُدْنِيٍّ : « يُنْسِكُ حَتَّى الْكَعْبَيْنِ ، ثُمَّ يَرْسِلُ
الْأَعْلَى عَلَى الْأَسْفَلِ » . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : هَذَا حَدِيثٌ مَدْنِيٌّ ، مَشْهُورٌ عِنْدَ أَهْلِ
الْمَدِينَةِ ، مَعْمُولٌ بِهِ عَنْهُمْ . قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ حَبِيبٍ : مَهْزُوزٌ وَمُدْنِيٌّ : وَادِيَانِ
مِنْ أَوْدِيَةِ الْمَدِينَةِ ، يَسِيلَانِ بِالْمَطَرِ ، وَتَتَنَافَسُ أَهْلُ الْحَوَائِطِ فِي سَبِيلِهِمَا . وَرَوَى أَبُو
دَاوُدَ^(٧١) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ ثَعْلَبَةَ بْنِ أَبِي مَالِكٍ ، أَنَّهُ سَمِعَ كُبْرَاءَهُمْ يَذْكُرُونَ ، أَنَّ رَجُلًا
مِنْ قُرَيْشٍ كَانَ لَهُ سَهْمٌ فِي بَنِي قُرَيْظَةَ ، فَخَاصَمَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي سَبِيلِ مَهْزُوزٍ
وَالسَّبِيلِ الَّذِي يَقْتَسِمُونَ مَاءَهُ ، فَقَضَى بَيْنَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنَّ الْمَاءَ إِلَى الْكَعْبَيْنِ ، لَا
يَحْبِسُ الْأَعْلَى عَلَى الْأَسْفَلِ . وَلَأنَّ مِنْ أَرْضِهِ قَرْيَةً مِنْ قُوَّةِ النَّهْرِ أَسْبَقَ إِلَى الْمَاءِ ، فَكَانَ

= كما أخرجه أبو داود ، في : باب أبواب من القضاء ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢/٢٨٣ ، ٢٨٤ .
والترمذي ، في : باب ما جاء في الرجلين يكون أحدهما أسفل من الآخر في الماء ، من أبواب الأحكام ، عارضة
الأحوذى ١١٩/٦ ، ١٢٠ . والنسائي ، في : باب الرخصة للحاكم الأمين أن يحكم وهو غضبان ، وباب إشارة
الحاكم بالرفق ، من كتاب القضاء . المجتبى ٨/٢٠٩ ، ٢١٥ . وابن ماجه ، في : باب تعظيم حديث رسول
الله ، من المقدمة ، وفي : باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه
٧/١ ، ٨ ، ٨٢٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥/٤ .

(٦٩) لم نجده في الموطأ ، ولا في مصنف عبد الرزاق .

(٧٠) في : باب القضاء في المياه ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢/٧٤٤ .

(٧١) في : باب أبواب من القضاء ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢/٢٨٤ .

أُولَى به ، كمن سَبَقَ إلى المَشْرَعَةِ ، فإن كانت أَرْضُ صَاحِبِ الأَعْلَى مُخْتَلِفَةً ، منها مُسْتَعْلِيَةً ومنها مُسْتَفْلَةً ، سَقَى كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا على حَدِّتِهَا ، وإن اسْتَوَى اثْنَانِ في القُرْبِ من أَوَّلِ النَّهْرِ ، اقْتَسَمَا المَاءَ بَيْنَهُمَا إِنْ أُمِكنَ ، وإن لم يُمكنْ أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، فَقَدَّمَ مَنْ تَقَعَّ لَهُ القُرْعَةُ ، فإن كان المَاءُ لَا يَفْضُلُ عن أَحَدِهِمَا ، سَقَى مَنْ تَقَعَّ لَهُ القُرْعَةُ بِقَدْرِ حَقِّهِ من المَاءِ ، ثم تَرَكَه للآخِرِ ، وليس له أَنْ يَسْقَى بِجَمِيعِ المَاءِ ؛ لِأَنَّ الْآخَرَ يُسَاوِيهِ في اسْتِحْقَاقِ المَاءِ ، وَإِنَّمَا القُرْعَةُ لِلتَّقْدِيمِ في اسْتِيفَاءِ الحَقِّ ، لَا في أَصْلِ الحَقِّ ، بِخِلَافِ الأَعْلَى مع الأَسْفَلِ ؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ لِلْأَسْفَلِ حَقٌّ إِلَّا فِيمَا فَضَّلَ على الأَعْلَى . فإن كانت أَرْضُ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ من أَرْضِ الْآخَرِ ، قُسِمَ المَاءُ بَيْنَهُمَا على قَدْرِ الأَرْضِ ؛ لِأَنَّ الزَّائِدَ من أَرْضِ أَحَدِهِمَا مُسَاوٍ في القُرْبِ ، فَاسْتَحَقَّ جُزْءًا^(٧٢) من المَاءِ ، كَمَا لو كان لِشَخْصٍ ثَالِثٍ . وَإِنْ كَانَ لِجَمَاعَةٍ رَسْمٌ شَرِبَ ، مِنْ نَهْيٍ^(٧٣) غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، أَوْ سَبِيلٍ ، وَجَاءَ إِنْسَانٌ لِيُحْيِيَ مَوَاتًا أَقْرَبَ إلى رَأْسِ النَّهْرِ مِنْ أَرْضِهِمْ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَسْقَى قَبْلَهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ أَسْبَقُوا إلى النَّهْرِ مِنْهُ ، وَلِأَنَّ مَنْ مَلَكَ أَرْضًا مَلَكَهَا بِحُقُوقِهَا وَمَرَاقِقِهَا ، وَلَا يَمْلِكُ غَيْرُهُ إِبْطَالَ حُقُوقِهَا / ، وَهَذَا مِنْ حُقُوقِهَا . وَهَلْ لَهُمْ مَنَعُهُ مِنْ إِحْيَاءِ ذَلِكَ المَوَاتِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَيْسَ لَهُمْ مَنَعُهُ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُمْ في النَّهْرِ لَا في المَوَاتِ . وَالثَّانِي ، لَهُمْ مَنَعُهُ ، لِأَنَّ يَصِيرَ ذَلِكَ ذَرِيعَةً إلى مَنَعِهِمْ حَقَّهُمْ من السَّقْيِ ، لِتَقْدِيمِهِ عَلَيْهِمْ بِالْقُرْبِ إِذَا طَالَ الزَّمَانُ وَجُهِلَ الحَالُ . فَإِذَا قُلْنَا : لَيْسَ لَهُمْ مَنَعُهُ . فَسَبَقَ إِنْسَانٌ إلى مَسِيلِ مَاءٍ أَوْ نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، فَأَحْيَا في أَسْفَلِهِ مَوَاتًا ، ثُمَّ أَحْيَا آخَرَ فَوْقَهُ ، ثُمَّ أَحْيَا ثَالِثًا فَوْقَ الثَّانِي ، كَانَ لِلْأَسْفَلِ السَّقْيُ أَوَّلًا ، ثُمَّ الثَّانِي ، ثُمَّ الثَّالِثُ ، وَيُقَدَّمُ السَّبْقُ إلى الإِحْيَاءِ على السَّبْقِ إلى أَوَّلِ النَّهْرِ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا .

١٤٠/٥ ظ

فصل : الضَّرْبُ الثَّانِي ، المَاءُ^(٧٤) الجَارِي فِي نَهْرٍ مَمْلُوكٍ ، وَهُوَ أَيْضًا قِسْمَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ المَاءُ مُبَاحَ الْأَصْلِ ، مِثْلُ أَنْ يَحْفَرَ إِنْسَانٌ نَهْرًا صَغِيرًا ، يَتَّصِلُ بِنَهْرِ

(٧٢) في الأصل : « قدرا » .

(٧٣) النهي ؛ بالكسر والفتح : الغدير .

(٧٤) سقط من : الأصل .

كبير مباح ، فما لم يتصل الحفر لا يملكه ، وإنما هو تحجر وشروع في الإحياء ، فإذا اتصل الحفر ، كمل الإحياء وملكه ؛ لأن الملك بالإحياء أن تنتهي العمارة إلى قصدها ، بحيث يتكرر الانتفاع بها على صورتها ، وهذا كذلك . وسواء أجرى فيه الماء أو لم يجز ؛ لأن الإحياء يحصل بأن يهيئ للانتفاع به دون حصول المنفعة ، فيصير مالكا لقرار النهر وحافته ، وهو أهو حق له ، وكذلك حريمه ، وهو ملكي الطين من كل جانب . وعند القاضي أن ذلك غير مملوك لصاحب النهر ، وإنما هو حق من حقوق الملك ، وكذلك حريم البئر . وهذا مذهب الشافعي . وظاهر قول الخرقي ، أنه مملوك لصاحبه ؛ لقول رسول الله ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا لَمْ تُمْلِكْ ، فَهِيَ لَهُ » (٧٥) . وإحيائها أن يحوط عليها حائطاً ، أو يحفر فيها بئراً ، فيكون له خمس وعشرون ذراعاً حولها ، وحريم النهر يجب أن يكون كذلك . فإذا تقرر هذا ، فكان النهر لجماعة ، فهو بينهم على حسب العمل والتفقه ؛ لأنه إنما ملك بالعمارة ، والعمارة بالتفقه ، فإن كفى جميعهم ، فلا كلام ، وإن لم يكفهم ، وتراضوا على قسمته بالمهاياة أو غيرها ، جاز ؛ لأنه حقهم ، لا يخرج عنهم . وإن تشاحوا في قسمته ، قسمه الحاكم بينهم على قدر أملكهم ؛ لأن كل واحد منهم يملك من النهر بقدر ذلك ، فتؤخذ خشبة صلبة ، أو حجر مستوي الطرفين والوسط ، فيوضع على موضع مستوي من الأرض ، في مقدم الماء ، فيه حوز ، أو ثقب متساوية في السعة على قدر حقوقهم ، يخرج من كل جزء أو ثقب إلى ساقية مفردة لكل واحد منهم ، فإذا حصل الماء في ساقيته انقرد به ، فإن كانت أملكهم مختلفة قسم على قدر ذلك ، فإذا كان لأحدهم نصفه ، وللآخر ثلثه ، وللثالث (٧٦) سدسه ، جعل فيه ستة ثقوب ، ولصاحب النصف ثلاثة (٧٧) ثقب في ساقيته ، ولصاحب الثلث اثنان ، ولصاحب السدس واحد (٧٧) . وإن كان لواحد الخمسان ، والباقي لاثنتين يتساويان فيه ، جعل

(٧٥) تقدم تخرجه في صفحة ١٤٥ .

(٧٦) في ب ، م : « ولا آخر » .

(٧٧ - ٧٧) سقط من : الأصل .

عَشْرَةُ ثُقُوبٍ لِصَاحِبِ الْخُمْسَيْنِ أَرْبَعَةٌ تَصُوبُ فِي سَاقِيَّتِهِ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْآخَرَيْنِ ثَلَاثَةٌ تَصُوبُ فِي سَاقِيَّتِهِ ^(٧٨) . فَإِنْ كَانَ النَّهْرُ لِعَشْرَةٍ ، لِخُمْسِيَةٍ مِنْهُمْ أَرْضُ قَرْيَةٍ مِنْ أَوَّلِ النَّهْرِ ، وَلِخُمْسِيَةٍ أَرْضُ بَعِيدَةٍ ، جُعِلَ لِأَصْحَابِ الْقَرْيَةِ خُمْسَةُ ^(٧٩) ثُقُوبٍ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ ثُقُبٌ ^(٨٠) ، وَجُعِلَ لِلْبَاقِينَ خُمْسَةٌ ، تَجْرِي فِي النَّهْرِ حَتَّى تَصِلَ إِلَى أَرْضِهِمْ ، ثُمَّ تُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ قِسْمَةً أُخْرَى . وَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمْ أَنْ يُجْرِيَ مَاءَهُ فِي سَاقِيَةِ غَيْرِهِ ، لِيُقَاسِمَهُ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ، لَمْ يَجْزُ إِلَّا بِرِضَاؤِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي سَاقِيَّتِهِ ، وَيَخْرُبُ حَاقَتَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَيَخْلِطُ حَقَّهُ بِحَقِّ غَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَمَيَّزُ ، فَلَمْ يَجْزُ ذَلِكَ . وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِنَا : إِنَّ الْمَاءَ لَا يُمْلِكُ . أَنَّ حُكْمَ الْمَاءِ فِي هَذَا النَّهْرِ حُكْمُهُ فِي نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، وَأَنَّ الْأَسْبَقَ أَحَقُّ بِالسَّقْيِ مِنْهُ ، ثُمَّ الَّذِي يَلِيهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ ، فَكَانَ الْأَسْبَقُ إِلَيْهِ أَحَقُّ بِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ كُلِّهِ عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِذَا حَصَلَ نَصِيبُ إِنْسَانٍ فِي سَاقِيَّتِهِ ^(٨١) ، فَلَهُ أَنْ يَسْقِيَ بِهِ مَا شَاءَ مِنَ الْأَرْضِ ، سَوَاءً كَانَ لَهَا رَسْمٌ شَرِبَ مِنْ هَذَا النَّهْرِ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَلَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ مَنْ يَسْقَى بِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَيْسَ لَهُ سَقْيُ أَرْضٍ لَيْسَ لَهَا رَسْمٌ شَرِبَ فِي ^(٨٢) هَذَا الْمَاءِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ دَالٌّ عَلَى أَنَّهَا قَسَمًا ^(٨٣) مِنْ هَذَا الْمَاءِ ، فَرُبَّمَا جُعِلَ سَقْيُهَا مِنْهُ دَلِيلًا عَلَى اسْتِحْقَاقِهَا لَذَلِكَ ، فَيَسْتَصِيرُ الشُّرَكَاءُ ، وَيَصِيرُ هَذَا كَمَا لَوْ كَانَ لَهُ دَارٌ بِأُيُهَا فِي دَرْبٍ لَا يَنْفُذُ ، وَدَارٌ بِأُيُهَا فِي دَرْبٍ آخَرَ ، ظَهَرُهَا مُلَاصِقٌ لظَهْرِ دَارِهِ الْأُولَى ، فَأَرَادَ تَنْفِيذَ إِحْدَاهُمَا إِلَى الْأُخْرَى ، لَمْ يَجْزُ ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ لِنَفْسِهِ اسْتِطْرَاقًا مِنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ

(٧٨) فِي ب ، م : : سَاقِيَةٍ لَهُ .

(٧٩) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٨٠) فِي الْأَصْلِ : : نَهْرٍ .

(٨١) فِي ب ، م : : سَاقِيَةٍ .

(٨٢) فِي الْأَصْلِ : : مِنْ .

(٨٣) فِي ب ، م : : قِسْمَانِ . وَفِي الْأَصْلِ : : قِسْمٍ . وَلَعَلَّ الصَّوَابَ مَا أَثْبَتَاهُ .

من الدَّارَيْنِ . ولنا ، أن هذا ماءً انفردَ باستحقاقه ، فكان له أن يَسْقَى منه ما شاء ، كما لو انفردَ به من أصله . ولا نُسَلِّم ما ذكروه في الدَّارَيْنِ ، وإن سلَّمنا فالفرق بينهما أن كلَّ دارٍ يَخْرُجُ منها ^(٨٤) إلى دَرْبٍ ^(٨٥) مُشْتَرَكٍ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّ لكلَّ دارٍ سُكَّانًا ، فيَجْعَلُ لِسُكَّانِ كُلِّ وَاحِدَةٍ منهما اسْتِطْرَاقًا إلى دَرْبٍ غيرِ نَافِذٍ ، لم يَكُنْ لَهُمْ حَقٌّ في اسْتِطْرَاقِهِ ، وهُنَا إِنَّمَا يَسْقَى من سَاقِيَتِهِ الْمُفْرَدَةِ الَّتِي لَا يُشَارِكُهُ غَيْرُهُ فِيهَا ، فَلَوْ صَارَ لِتِلْكَ الْأَرْضِ رَسْمٌ مِنَ الشَّرْبِ من سَاقِيَتِهِ ، لم يَتَضَرَّرَ بِذَلِكَ أَحَدٌ . ولو كان يَسْقَى من هذا النَّهْرِ بِدُولَابٍ ، فَأَحَبُّ أَنْ / يَسْقَى بِذَلِكَ الْمَاءِ أَرْضًا لَا رَسْمَ لَهَا فِي الشَّرْبِ من ١٤١/٥ ط ذلك النَّهْرِ ، فَالْحُكْمُ فِي ذَلِكَ عَلَى مَا ذَكَّرْنَا مِنَ الْخِلَافِ فِي الَّتِي قَبْلَهَا . وإن كان الدُّوَلَابُ يَعْرِفُ مِنْ نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، جَازَ أَنْ يَسْقَى بِنَصِيْبِهِ مِنَ الْمَاءِ أَرْضًا لَا رَسْمَ لَهَا فِي الشَّرْبِ مِنْهُ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ . فَإِنْ ضَاقَ الْمَاءُ ، قُدِّمَ الْأَسْبَقُ فَالْأَسْبَقُ ، عَلَى مَا مَضَى .

فصل : ولكل واحد منهم أن يتصرف في ساقيته الْمُخْتَصَّةَ بِهِ بِمَا أَحَبَّ ، من إجرَاءٍ غيرِ هذا الْمَاءِ فِيهَا ، أَوْ عَمَلٍ رَحَى عَلَيْهَا ، أَوْ دُولَابٍ ، أَوْ عَبَّارَةٍ ، وَهِيَ خَشَبَةٌ تُمَدُّ عَلَى طَرَفِي النَّهْرِ ، أَوْ قَنْطَرَةٍ يَغْبُرُ الْمَاءُ فِيهَا ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ ؛ لِأَنَّهَا مِلْكُهُ ، لَا حَقٌّ لغيرِهِ فِيهَا . فَأَمَّا النَّهْرُ الْمُشْتَرَكُ ، فَلَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمْ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي النَّهْرِ الْمُشْتَرَكِ وَفِي حَرِيمِهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ شَرَّكَائِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي الْعَبَّارَةِ : هَذَا يُنْبِئُنِي عَلَى الرَّوَائِثَيْنِ ، فِي مَنْ أَرَادَ أَنْ يُجْرِيَ مَاءَهُ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ هُنَا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ هَذَا عَلَى إِجْرَاءِ الْمَاءِ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ إِجْرَاءَ الْمَاءِ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ ^(٨٥) يَنْفَعُ صَاحِبَهَا ، لِأَنَّهُ يَسْقَى عُرُوقَ شَجَرِهِ ، وَيَشْرَبُهُ أَوْ لَا وَآخِرًا . وَهَذَا ^(٨٦) لَا يَنْفَعُ النَّهْرَ ، بَلْ رُبَّمَا أَفْسَدَ حَاقَّتِيهِ ، وَلَمْ يَسْقِ لَهُ شَيْءًا . وَلَوْ أَرَادَ أَحَدٌ

(٨٤ - ٨٤) في ب ، م : « درب آخر » .

(٨٥) سقط من : ب ، م .

(٨٦) في الأصل : « ولأن هذا » .

الشُّرَكَاءُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَاءِ النَّهْرِ قَبْلَ قَسْمِهِ شَيْئًا يَسْقَى بِهِ أَرْضًا فِي أَوَّلِ النَّهْرِ أَوْ غَيْرِهِ ،
 أَوْ أَرَادَ إِنْسَانٌ غَيْرَهُمْ ذَلِكَ ، لَمْ يَجْزْ ؛ لِأَنَّهُمْ صَارُوا أَحَقَّ بِالْمَاءِ الْجَارِي فِي نَهْرِهِمْ مِنْ
 غَيْرِهِمْ ، وَلِأَنَّ الْأَخْذَ مِنَ الْمَاءِ رَبَّمَا اخْتِاجَ إِلَى تَصْرِيفٍ فِي حَافَةِ النَّهْرِ الْمَمْلُوكِ لغيره ،
 أَوْ الْمُشْتَرَكِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ . وَلَوْ فَاضَ مَاءُ هَذَا النَّهْرِ إِلَى مِلْكٍ لِنَسَانٍ ، فَهُوَ مُبَاحٌ ،
 كَالطَّائِرِ يَعْشَشُ فِي مِلْكٍ لِنَسَانٍ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِيهِ نَحْوُ مِمَّا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِنْ قَسَمُوا مَاءَ النَّهْرِ الْمُشْتَرَكِ بِالْمُهَايَاةِ ، جَازَ ، إِذَا تَرَضَّوْا بِهِ ، وَكَانَ
 حَقُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَعْلُومًا ، مِثْلَ أَنْ يَجْعَلُوا لِكُلِّ حِصَّةٍ يَوْمًا وَلَيْلَةً ، أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ
 أَوْ أَقَلَّ . وَإِنْ قَسَمُوا النَّهَارَ ، فَجَعَلُوا لِوَاحِدٍ مِنْ طُلُوعِ الشَّمْسِ إِلَى وَقْتِ الزَّوَالِ ،
 وَلِلْآخَرِ مِنَ الزَّوَالِ إِلَى الْغُرُوبِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، جَازَ . وَإِنْ قَسَمُوهُ سَاعَاتٍ ، وَأَمَكَنَّ
 ضَبْطُ ذَلِكَ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ ، كَطَاسِيَةٍ مُثْقَوِيَةٍ تُتْرَكُ فِي الْمَاءِ ، وَفِيهَا عَلَامَاتٌ إِذَا انْتَهَى الْمَاءُ
 إِلَى عَلَامَةٍ كَانَتْ سَاعَةً ، وَإِذَا انْتَهَى إِلَى الْآخَرَى كَانَتْ سَاعَتَيْنِ ، أَوْ زُجَاجَةٍ فِيهَا رَمْلٌ ،
 يَنْزِلُ مِنْ أَغْلَاهَا إِلَى أَسْفَلِهَا فِي سَاعَةٍ أَوْ سَاعَتَيْنِ ، ثُمَّ يَقْلِبُهَا فَيَعُودُ الرَّمْلُ إِلَى الْمَوْضِعِ
 الَّذِي كَانَ فِيهِ فِي مِثْلِ ذَلِكَ الْمِقْدَارِ ، أَوْ يُمَيِّزَانِ الشَّمْسِ الَّذِي تُعْرَفُ بِهِ سَاعَاتُ النَّهَارِ ،
 أَوْ بِمَنَازِلِ / الْقَمَرِ فِي اللَّيْلِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، جَازَ . فَإِذَا حَصَلَ الْمَاءُ لِأَحَدِهِمْ فِي نَوَيْتِهِ ،
 فَأَرَادَ أَنْ يَسْقَى بِهِ أَرْضًا لَيْسَ لَهَا رَسْمٌ شَرِبَ مِنْ هَذَا ، أَوْ يُؤَثِّرُ بِهِ إِنْسَانًا ، أَوْ يَقْرِضَهُ
 إِيَّاهُ ، عَلَى وَجْهِ لَا يَتَصَرَّفُ فِي حَافَةِ النَّهْرِ ، جَازَ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابِ
 الشَّافِعِيِّ ، يَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ فِي مِثْلِ ذَلِكَ . وَإِنْ أَرَادَ صَاحِبُ النَّوْبَةِ أَنْ يُجْرِيَ
 مَعَ مَائِهِ مَاءً لَهُ آخَرَ ، يَسْقَى بِهِ أَرْضَهُ الَّتِي لَهَا رَسْمٌ شَرِبَ مِنْ هَذَا النَّهْرِ ، أَوْ أَرْضًا لَهُ
 أُخْرَى ، أَوْ سَأَلَهُ إِنْسَانٌ أَنْ يُجْرِيَ مَاءً لَهُ مَعَ مَائِهِ فِي هَذَا النَّهْرِ ، لِيُقَاسِمَهُ إِيَّاهُ فِي مَوْضِعٍ
 آخَرَ ، عَلَى وَجْهِ لَا يَضُرُّ بِالنَّهْرِ ، وَلَا بِأَحَدٍ ، جَازَ ذَلِكَ ، فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَصْحَابِنَا ؛ فَإِنَّهُمْ
 قَالُوا فِي مَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا : جَازَ أَنْ يُجْرِيَ فِيهَا مَاءً فِي نَهْرٍ مَحْفُورٍ ، إِذَا كَانَ فِيهَا . وَلَا أَنَّهُ

و ١٤٢/٥

(٨٧) سقط من : ب ، م .

مُسْتَحَقٌّ لِنَفْعِ النَّهْرِ فِي تَوَيْتِهِ بِإِجْرَاءِ الْمَاءِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اسْتَأْجَرَهَا لذلِكَ .

فصل : القسم الثاني ، أن يكون مَنَبِعُ الْمَاءِ مَمْلُوكًا ، مثل أن يَشْتَرِكَ جَمَاعَةٌ فِي اسْتِنْبَاطِ عَيْنٍ وَإِجْرَائِهَا ، فَإِنَّهُمْ يَمْلِكُونَهَا أَيْضًا ؛ لِأَنَّ ذلِكَ إِحْيَاءُهَا ، وَيَشْتَرِكُونَ فِيهَا ، وَفِي سَاقِيَتِهَا ، عَلَى حَسَبِ مَا أَنْفَقُوا عَلَيْهَا ، وَعَمِلُوا فِيهَا ، كَمَا ذَكَرْنَا ^(٨٨) فِي النَّهْرِ ^(٨٨) ، فِي الْقِسْمِ الَّذِي قَبْلَ هَذَا ، إِلَّا أَنَّ الْمَاءَ غَيْرُ مَمْلُوكٍ ثُمَّ ، لِأَنَّهُ مُبَاحٌ دَخَلَ مِلْكَهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ دَخَلَ صَيْدُ بَسْتَانِهِ ، وَهَهُنَا يُخَرَّجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ أَصَحُّهُمَا أَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ أَيْضًا . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذلِكَ . وَعَلَى كُلِّ حَالٍ ، فَلِكُلِّ أَحَدٍ أَنْ يَسْتَقِيَ مِنَ الْمَاءِ الْجَارِي لِشُرْبِهِ وَوُضُوئِهِ وَغُسْلِهِ وَغَسْلِ ثِيَابِهِ ، وَيَنْتَفِعَ بِهِ فِي أَشْبَاهِ ذلِكَ ، مِمَّا لَا يُؤَثِّرُ فِيهِ ، مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، إِذَا لَمْ يَدْخُلْ إِلَيْهِ فِي مَكَانٍ مُحَوِّطٍ عَلَيْهِ . وَلَا يَحِلُّ لِصَاحِبِهِ الْمَنْعُ مِنْ ذلِكَ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « ثَلَاثَةٌ لَا يَنْظُرُ اللَّهُ إِلَيْهِمْ ، وَلَا يُزَكِّيهِمْ ، وَلَهُمْ عَذَابُ أَلِيمٍ ؛ رَجُلٌ كَانَ يَفْضُلُ مَاءً بِالطَّرِيقِ ، فَمَنَعَهُ ابْنُ السَّبِيلِ » . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ ^(٨٩) ، وَعَنْ بُهَيْسَةَ ^(٩٠) ، عَنْ أَبِيهَا ، أَنَّهُ قَالَ : يَا نَبِيَّ اللَّهِ ، مَا الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَحِلُّ مَنَعُهُ ؟ قَالَ : « الْمَاءُ » . قَالَ : يَا نَبِيَّ اللَّهِ ، مَا الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَحِلُّ مَنَعُهُ ؟ قَالَ : « الْمِلْحُ » . قَالَ : يَا نَبِيَّ اللَّهِ ، مَا الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَحِلُّ مَنَعُهُ ؟ قَالَ : « أَنْ تَفْعَلَ الْخَيْرَ خَيْرَ لَكَ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٩١) . وَلِأَنَّ ذلِكَ لَا يُؤَثِّرُ فِيهِ ^(٩٢) فِي الْعَادَةِ ، وَهُوَ فَاضِلٌ عَنْ حَاجَةِ صَاحِبِ النَّهْرِ . فَأَمَّا مَا يُؤَثِّرُ فِيهِ ، كَسَقْيِ الْمَاشِيَةِ الْكَثِيرَةِ ، وَنَحْوِ ذلِكَ ، فَإِنْ فَضَّلَ الْمَاءُ عَنْ حَاجَةِ صَاحِبِهِ ، لَزِمَهُ بِذَلِكَ لذلِكَ ، وَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ ، لَمْ يَلْزَمْهُ . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذلِكَ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ .

(٨٨ - ٨٨) سقط من : ب ، م .

(٨٩) في : باب إثم من منع ابن السبيل من الماء ، من كتاب المساقاة . صحيح البخاري ١٤٥/٣ .
كما أخرجه أبو داود ، في : باب في منع الماء ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٩/٢ . وابن ماجه ، في :
باب ما جاء في كراهية الأيمان في الشراء والبيع ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٤/٢ .

(٩٠) في أ ، م : « بهية » .

(٩١) تقدم تخريجه في : ٣٧٨/٦ .

(٩٢) سقط من : ب ، م .

فصل : إذا كان النهر أو الساقية مُشْتَرَكًا بين جماعة ، فإن أرادوا إكْرَاءَهُ / أو سَدَّ بَثْقٍ فيه ، أو إصلاح حائِطِهِ ، أو شيءٍ منه ، كان ذلك عليهم على حَسَبِ ملكِهِمْ فيه ، فإن كان بعضهم أَدْنَى إلى أوْلِهِ من بعض ، اشْتَرَكَ الكُلُّ في إكْرَائِهِ وإصْلَاحِهِ ، إلى أن يَصِلُوا إلى الأوَّل ، ثم لا شيءَ على الأوَّل ، ويشْتَرِكُ الباقونَ حتى يَصِلُوا إلى الثاني ، ثم يشْتَرِكُ مَنْ بعده كذلك ، كُلُّما انْتَهَى العَمَلُ إلى مَوْضِعٍ واحدٍ منهم ، لم يَكُنْ عليه فيما بعده شيءٌ . وبهذا قال الشافعيُّ . وحكى ذلك عن أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ، ومحمدٌ : يشْتَرِكُ جَمِيعُهُمْ في إكْرَائِهِ كُلِّهِ ، لأنَّهُمْ يَنْتَفِعُونَ بِجَمِيعِهِ ، فإنَّ ما جاوزَ الأوَّلَ مَصَبٌ لِمَائِهِ ، وإن لم يَسِقْ أَرْضَهُ . ولنا ، أنَّ الأوَّلَ إِنَّمَا يَنْتَفِعُ بالماءِ الذي في مَوْضِعِ شَرْبِهِ ، وما بعده إِنَّمَا يَخْتَصُّ بالانْتِفَاعِ بِهِ مَنْ دُونَهُ ، فلا يُشَارِكُهُمْ في مُؤَنَّتِهِ ، كما لا يُشَارِكُهُمْ في نَفْعِهِ ، فإن كان يُفْضَلُ عن جَمِيعِهِمْ منه ما يَحْتَاجُ إلى مَصْرِفٍ ، فمُؤَنَّتُهُ ذلك المَصْرِفُ على جَمِيعِهِمْ ؛ لأنَّهُمْ يشْتَرِكُونَ في الْحَاجَةِ إِلَيْهِ ، والانتِفَاعِ بِهِ ، فكانت مُؤَنَّتُهُ عليهم كُلِّهِمْ ، كأوْلِهِ .

٩١٥ - مسألة ؛ قال : (وإِخْيَاءُ الْأَرْضِ أَنْ يُحَوِّطَ عَلَيْهَا حَائِطًا)

ظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ، أنَّ تحوِيطَ الأرضِ إِخْيَاءَ لها ، سواءً أَرَادَهَا لِلْبِنَاءِ ، أو لِلزَّرْعِ ، أو حَظِيرَةً لِلْعَنَمِ ، أو الخَشَبِ ، أو غير ذلك . ونَصَّ عليه أحمدٌ ، في روايةٍ على بنِ سَعِيدٍ ، فقال : الإِخْيَاءُ أَنْ يُحَوِّطَ عَلَيْهَا حَائِطًا ، أو يَحْفِرَ فِيهَا بُقْرًا أو نَهْرًا . ولا يُعْتَبَرُ في ذلك تَسْقِيفٌ ؛ وذلك لما رَوَى الحَسَنُ ، عن سَمُرَةَ ، أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ قال : « مَنْ أَحَاطَ حَائِطًا عَلَى أَرْضٍ ، فَهِيَ لَهُ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، والإمامُ أحمدُ ، في « مُسْنَدِهِ » ^(١) . ويُرَوَّى عن جَابِرٍ ، عن النبيِّ ﷺ مثله ^(٢) . ولأنَّ الحَائِطَ حَاجِزٌ مَنِيْعٌ ، فكان إِخْيَاءُ ، أَشْبَهَ ما لو جَعَلَهَا حَظِيرَةً لِلْعَنَمِ . ويُبَيِّنُ هذا أَنَّ القَصْدَ لا اِغْتِبَارَ

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب في إحياء الموات ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٥٩/٢ . والإمام أحمد ،

في : المسند ١٢/٥ ، ٢١ .

(٢) لم نجده عن جابر .

به ، بِدَلِيلٍ مَا لَوْ أَرَادَهَا حَظِيرَةً لِلْغَنَمِ ، فَبَنَاهَا بِجِصٍّ وَآجُرٍّ ، وَقَسَمَهَا يُوْنًا ، فَإِنَّهُ يَمْلِكُهَا ، وَهَذَا لَا يُصْنَعُ لِلْغَنَمِ مِثْلُهُ . وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْحَائِطُ مَنِيْعًا يَمْنَعُ مَا وَرَاءَهُ ، وَيَكُونُ مِمَّا جَرَتْ الْعَادَةُ بِمِثْلِهِ . وَيَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْبُلْدَانِ ، فَلَوْ كَانَ مِمَّا جَرَتْ عَادَتُهُمْ بِالْحِجَارَةِ وَحَدَّهَا ، كَأَهْلِ حَوْرَانَ وَفَلَسْطِينَ وَغَيْرِهَا^(٣) ، أَوْ بِالطِّينِ ، كَالْفَطَائِرِ لِأَهْلِ غُوْطَةِ دِمَشَقَ ، أَوْ بِالخَشَبِ أَوْ بِالْقَصَبِ ، كَأَهْلِ الْعَوْرِ ، كَانَ ذَلِكَ إِحْيَاءً . وَإِنْ بَنَاهُ بِأَرْفَعٍ مِمَّا جَرَتْ بِهِ عَادَتُهُمْ^(٤) ، كَانَ أَوْلَى . وَقَالَ الْقَاضِي : فِي صِفَةِ الْإِحْيَاءِ رَوَاتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، مَا ذَكَرْنَا . وَالثَّانِيَةِ ، الْإِحْيَاءُ مَا تَعَارَفَهُ / النَّاسُ إِحْيَاءً ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ وَرَدَ بِتَعْلِيْقِ الْمَلِكِ عَلَى الْإِحْيَاءِ ، وَلَمْ يُبَيِّنْهُ ، وَلَا ذَكَرَ كَيْفِيَّتَهُ ، فَيَجِبُ الرُّجُوعُ فِيهِ إِلَى مَا كَانَ إِحْيَاءً فِي الْعُرْفِ ، كَمَا أَنَّهُ لَمَّا وَرَدَ بِاعْتِبَارِ الْقَبْضِ وَالْحِرْزِ ، وَلَمْ يُبَيِّنْ كَيْفِيَّتَهُ ، كَانَ الْمَرْجِعُ فِيهِ إِلَى الْعُرْفِ ، وَلِأَنَّ الشَّارِعَ لَوْ عُلِّقَ الْحُكْمُ عَلَى مُسَمًّى بِاسْمٍ ، لَتَعَلَّقَ بِمُسَمَّاهُ عِنْدَ أَهْلِ اللِّسَانِ ، فَكَذَلِكَ يَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ بِالمُسَمًّى إِحْيَاءً عِنْدَ أَهْلِ الْعُرْفِ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَا يُعَلِّقُ حُكْمًا عَلَى مَا لَيْسَ إِلَى مَعْرِفَتِهِ طَرِيقٌ ، فَلَمَّا لَمْ يُبَيِّنْهُ ، تَعَيَّنَ الْعُرْفُ طَرِيقًا لِمَعْرِفَتِهِ ، إِذْ لَيْسَ لَهُ طَرِيقٌ سِوَاهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْأَرْضَ تُحْيَى دَارًا لِلسُّكْنَى ، وَحَظِيرَةً ، وَمَزْرَعَةً ، فَإِحْيَاءُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْ ذَلِكَ بِتَهْيِئَتِهَا لِلِإِتِفَاعِ الَّذِي أُرِيدَتْ لَهُ ، فَأَمَّا الدَّارُ ، فَبِأَنْ يَبْنَى حِيطَانُهَا بِمَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ وَيُسَقِّفُهَا^(٥) ، لِأَنَّهَا لَا تَكُونُ لِلسُّكْنَى إِلَّا بِذَلِكَ . وَأَمَّا الْحَظِيرَةُ ، فَإِحْيَاؤها بِحَائِطٍ جَرَتْ بِهِ عَادَةُ مِثْلِهَا ، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِهَا التَّسْقِيفُ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ تَسْقِيفٍ ، وَسِوَاهُ أَرَادَهَا حَظِيرَةً لِلْمَاشِيَةِ ، أَوْ لِلْخَشَبِ ، أَوْ لِلْحَطَبِ ، أَوْ لِمِثْلِ ذَلِكَ . وَلَوْ خَنَدَقَ عَلَيْهَا خَنْدَقًا ، لَمْ يَكُنْ إِحْيَاءً ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحَائِطٍ وَلَا عِمَارَةٍ ، إِنَّمَا هُوَ حَفْرٌ وَتَخْرِيبٌ . وَإِنْ خَاطَهَا بِشَوْكٍ وَشِبْهِهِ ، لَمْ يَكُنْ إِحْيَاءً ، وَكَانَ تَحْجُرًا ؛ لِأَنَّ الْمُسَافِرَ قَدْ يَنْزِلُ

(٣) سقط من : ب ، م .

(٤) في ب ، م : « عَادَتُهُ » .

(٥) في الأصل : « وَسَقَفَهُ » . وفي ب ، م : « وَتَسْقِيفُهَا » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

مُنْزَلًا ، وَيُحَوِّطُ عَلَى رَحْلِهِ بِنَحْوِ مِنْ ذَلِكَ . وَلَوْ نَزَلَ مُنْزَلًا ، فَتَصَبَّ بِهِ بَيْتَ شَعْرٍ أَوْ خَيْمَةً ، لَمْ يَكُنْ إِحْيَاءً . وَإِنْ أَرَادَهَا لِلزَّرَاعَةِ ، فَبِأَنْ يُهَيِّئَهَا لِإِمْكَانِ الزَّرْعِ فِيهَا ، فَإِنْ كَانَتْ لَا تَزْرَعُ إِلَّا بِالْمَاءِ ، فَبِأَنْ يَسُوقَ إِلَيْهَا مَاءً مِنْ نَهْرٍ أَوْ بَيْرٍ ، وَإِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يُمَكِّنُ زَرْعُهَا لِكَثْرَةِ أَحْجَارِهَا ، كَأَرْضِ الْحِجَازِ ، فَبِأَنْ يَقْلَعَ أَحْجَارَهَا وَيُنْقِيَهَا حَتَّى تَصْلُحَ لِلزَّرْعِ ، وَإِنْ كَانَتْ غِيَاضًا وَأَشْجَارًا ، كَأَرْضِ الشَّعْرَى ^(٦) ، فَبِأَنْ يَقْلَعَ أَشْجَارَهَا ، وَيُزِيلَ عُرُوقَهَا الَّتِي تَمْنَعُ الزَّرْعَ . وَإِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يُمَكِّنُ زَرْعُهَا إِلَّا بِحَبْسِ الْمَاءِ عَنْهَا ، كَأَرْضِ الْبَطَاحِ الَّتِي يُفْسِدُهَا غَرَقُهَا بِالْمَاءِ لِكَثْرَتِهِ ، فَإِخْيَاضُهَا بِسَدِّ الْمَاءِ عَنْهَا ، وَجَعْلُهَا بِحَالٍ يُمَكِّنُ زَرْعُهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعَ بِهَا فِيمَا أَرَادَهَا مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ إِلَى تَكَرُّرِ ذَلِكَ فِي كُلِّ عَامٍ ، فَكَانَ ^(٧) إِحْيَاءً ، كَسُقِ الْمَاءِ إِلَى الْأَرْضِ الَّتِي لَا مَاءَ لَهَا . وَلَا يُعْتَبَرُ فِي إِحْيَاءِ الْأَرْضِ حَرْثُهَا وَلَا زَرْعُهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا يَتَكَرَّرُ كُلَّمَا أَرَادَ الْإِنْتِفَاعَ بِهَا ، فَلَمْ يُعْتَبَرِ فِي الْإِحْيَاءِ ، كَسَقِيهَا ، وَكَالسُّكْنَى فِي الْبُيُوتِ ، ^(٨) وَلَا يَحْصُلُ ^(٩) بِذَلِكَ إِذَا فَعَلَهُ لِمُجَرَّدِهِ ، لِمَا ذَكَرْنَا . وَلَا يُعْتَبَرُ فِي إِحْيَاءِ الْأَرْضِ لِلْسُّكْنَى نَصْبُ الْأَبْوَابِ عَلَى الْبُيُوتِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِيمَا ذَكَرْنَا فِي الرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ ، لِأَنَّ لَهُ وَجْهًا فِي أَنَّ حَرْثَهَا وَزَرْعَهَا إِحْيَاءٌ لَهَا ، وَأَنَّ ذَلِكَ مُعْتَبَرٌ فِي إِحْيَائِهَا ، وَلَا يَتِمُّ بِدُونِهِ ، وَكَذَلِكَ نَصْبُ الْأَبْوَابِ عَلَى الْبُيُوتِ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ ، فَأَشْبَهَ التَّسْقِيفَ . وَلَا يَصِحُّ هَذَا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَلِأَنَّ السُّكْنَى مُمَكِّنَةٌ بِدُونِ نَصْبِ الْأَبْوَابِ ، فَأَشْبَهَ تَطْيِينَ سَطُوحِهَا وَتَبْيِضُهَا .

١٤٣/٥ ظ

٩١٦ - مسألة ؛ قال : (أَوْ يَخْفَرُ فِيهَا بَيْرًا ، فَيَكُونُ لَهُ خُمْسٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا حَوَالِيهَا ، وَإِنْ سَبَقَ إِلَى بَيْرٍ عَادِيَّةٍ ، فَحَرِيمُهَا خُمْسُونَ ذِرَاعًا)

الْبَيْرُ الْعَادِيَّةُ ، بِتَشْدِيدِ الْيَاءِ : الْقَدِيمَةُ ، مَنْسُوبَةٌ إِلَى عَادٍ ، وَلَمْ يُرَدَّ عَادًا بِعَيْنِهَا ، لَكِنْ

(٦) الشعري : جبل عند حرة بنى سليم .

(٧) في ب ، م ، ن : كان .

(٨ - ٩) سقط من : الأصل .

لَمَّا كَانَتْ عَادَ فِي الزَّمَنِ الْأَوَّلِ ، وَكَانَتْ لَهَا آثَارٌ فِي الْأَرْضِ ، نُسِبَ إِلَيْهَا كُلُّ قَدِيمٍ ، فَكُلُّ مَنْ حَفَرَ بُقْرًا فِي مَوَاتٍ لِلتَّمْلِيلِ ، فَلَهُ حَرِيمُهَا خَمْسٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ . وَمَنْ سَبَقَ إِلَى بُقْرِ عَادِيَّةٍ ، كَانَ أَحَقُّ بِهَا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ لَهُ »^(١) . وَلَهُ حَرِيمُهَا خَمْسُونَ ذِرَاعًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ . نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا ، فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ ، وَعَبَدُ اللَّهِ . وَاخْتَارَهُ أَكْثَرُ أَصْحَابِنَا . وَقَالَ الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ : لَيْسَ هَذَا عَلَى طَرِيقِ التَّحْدِيدِ ، بَلْ حَرِيمُهَا عَلَى الْحَقِيقَةِ مَا تَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي تَرْقِيَةِ مَائِهَا مِنْهَا ، فَإِنْ كَانَ بِدُولَابٍ فَقَدْرُ مَدَارٍ^(٢) الثَّوْرِ أَوْ غَيْرِهِ . وَإِنْ كَانَ بِسَاقِيَةٍ^(٣) فَيَقْدَرُ طُولُ الْبَيْرِ ؛ لِمَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « حَرِيمُ الْبَيْرِ مَدُّ رِشَائِهَا » . أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ^(٤) . وَلَأَنَّهُ الْمَكَانُ الَّذِي تَمْشِي إِلَيْهِ الْبَهِيمَةُ . وَإِنْ كَانَ يَسْتَقِي مِنْهَا بِيَدِهِ ، فَيَقْدَرُ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْوَاقِفُ عِنْدَهَا . وَإِنْ كَانَ الْمُسْتَخْرَجُ عَيْنًا ، فَحَرِيمُهَا الْقَدْرُ الَّذِي يَحْتَاجُ إِلَيْهِ صَاحِبُهَا لِلانْتِفَاعِ بِهَا ، وَلَا يَسْتَضِيرُّ بِأَخْذِهَا مِنْهَا وَلَوْ عَلَى أَلْفِ ذِرَاعٍ . وَحَرِيمُ النَّهْرِ^(٥) مِنْ جَانِبَيْهِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لَطَرَحِ كِرَائَتِهِ بِحُكْمِ الْعُرْفِ فِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ هَذَا إِنَّمَا ثَبَتَ لِلْحَاجَةِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ تُرَاعَى فِيهِ الْحَاجَةُ دُونَ غَيْرِهَا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : حَرِيمُ الْبَيْرِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا ، وَحَرِيمُ الْعَيْنِ خَمْسُمِائَةِ ذِرَاعٍ ؛ لِأَنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « حَرِيمُ الْبَيْرِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا لِأَعْطَانِ الْإِبِلِ وَالْعَنَمِ » . وَعَنِ الشَّعْبِيِّ مِثْلَهُ ، / رَوَاهُ أَبُو عُبَيْدٍ^(٦) . وَلَنَا ، مَا رَوَى الدَّارَقُطْنِيُّ^(٧)

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٢ .

(٢) في ب ، م : « مد » .

(٣) لعل ما في الأصل : « بسانية » .

(٤) في : باب حريم البئر ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٣١/٢ .

(٥) في ب ، م : « البئر » ، والمثبت في : الأصل ، وهو يناسب « كرايته » الآتي ، وهو ما يخرج من حفر النهر .

(٦) في : باب إحياء الأرض واحتجارها ... ، من كتاب الأموال . لأبي عبيد ٢٩١ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤٩٤/٢ .

(٧) أخرجه الدارقطني ، في كتاب الأفضية . سنن الدارقطني ٢٢٠/٤ .

وَالْحَلَّالُ ، بِإِسْنَادِهِمَا عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « حَرِيمُ الْبَيْرِ الْبَدْيِ »^(٨) خَمْسٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا ، وَحَرِيمُ الْبَيْرِ الْعَادِي خَمْسُونَ ذِرَاعًا » وَهَذَا نَصٌّ . وَرَوَى أَبُو عُبَيْدٍ^(٩) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ الْأَنْصَارِيِّ ، أَنَّهُ قَالَ : السُّنَّةُ فِي حَرِيمِ الْقَلْبِ الْعَادِي خَمْسُونَ ذِرَاعًا ، وَالْبَدْيِ خَمْسٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا . وَبِإِسْنَادِهِ^(١٠) عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، قَالَ : حَرِيمُ الْبَيْرِ الْبَدْيِ خَمْسٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا مِنْ تَوَاجِهَا كُلِّهَا ، وَحَرِيمُ بَيْرِ الزَّرْعِ ثَلَاثُمِائَةِ ذِرَاعٍ مِنْ تَوَاجِهَا كُلِّهَا ، وَحَرِيمُ الْبَيْرِ الْعَادِي خَمْسُونَ ذِرَاعًا مِنْ تَوَاجِهَا كُلِّهَا . وَلَأنَّهُ مَعْنَى يُمْلِكُ بِهِ الْمَوَاتُ ، فَلَا يَقِفُ عَلَى قَدْرِ الْحَاجَةِ ، كَالْحَائِطِ . وَلَأنَّ الْحَاجَةَ إِلَى الْبَيْرِ لَا تُنْهَضُ فِي تَرْقِيَةِ الْمَاءِ ، فَإِنَّهُ يَخْتِاجُ إِلَى مَا حَوْلَهَا عَطْنًا لِإِبْلِهِ ، وَمَوْقِفًا لِلذَّوَابِ وَغَنَمِهِ ، وَمَوْضِعًا يَجْعَلُ فِيهِ أَخْوَاضًا يَسْقَى مِنْهَا مَاشِيَّتَهُ ، وَمَوْقِفًا لِدَابَّتِهِ الَّتِي يَسْتَقِي^(١١) عَلَيْهَا ، وَأَشْبَاهَ ذَلِكَ ، فَلَا يَخْتَصُّ الْحَرِيمُ بِمَا يَخْتِاجُ إِلَيْهِ^(١٢) لِتَرْقِيَةِ الْمَاءِ ، وَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي حَنِيفَةَ ، فَحَدِيثُنَا أَصَحُّ مِنْهُ ، وَرَوَاهُمَا أَبُو هُرَيْرَةَ ، فَيَدُلُّ عَلَى ضَعْفِهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّ هَذَا الْحَرِيمَ مَمْلُوكٌ لِصَاحِبِ الْبَيْرِ . وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ ، وَالْقَاضِي ، لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ . وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُ هَذَا .

فصل : ولا بد أن يكون البئر فيها ماءً ، وإن لم يصل إلى الماء ، فهو كالمُتَحَجَّرِ
الشارع في الإحياء ، على ما قَدَّمْنَاهُ . وَيَجِبُ أَنْ يُحْمَلَ قَوْلُهُ فِي الْبَيْرِ الْعَادِي عَلَى الْبَيْرِ الَّتِي انْطَلَمَتْ وَذَهَبَ مَآؤُهَا ، فَجَدَّدَ حَفَرَهَا وَعِمَارَتَهَا ، أَوْ انْقَطَعَ مَآؤُهَا ، فَاسْتَحْرَجَهُ ، لِيَكُونَ ذَلِكَ إِحْيَاءً لَهَا . وَأَمَّا الْبُئْرُ الَّتِي لَهَا مَاءٌ يَنْتَفِعُ بِهِ الْمُسْلِمُونَ ، فَلَيْسَ لِأَحَدٍ احْتِجَارُهُ وَمَنْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْمَعَادِنِ الظَّاهِرَةِ ، الَّتِي يَتَرَفَّقُ بِهَا النَّاسُ ، وَهَكَذَا الْعُيُونُ النَّابِعَةُ ، لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَخْتَصَّ بِهَا . وَلَوْ حَفَرَ رَجُلٌ بُئْرًا لِلْمُسْلِمِينَ

(٨) البدْي : المبتدأ حفره ، أى المحدث .

(٩) في : باب إحياء الأرضين واحتجارها الأموال ٢٩٢ .

(١٠) في الأصل : « يسقى الماء » .

(١١) في الأصل : « البئر » .

يَنْتَفِعُونَ بِهَا ، أَوْ لِيَنْتَفِعَ هُوَ بِهَا مُدَّةَ إِقَامَتِهِ عِنْدَهَا ثُمَّ يَبْرُكُهَا ، لَمْ يَمْلِكْهَا ، وَكَانَ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا ، فَإِذَا تَرَكَهَا صَارَتْ لِلْمُسْلِمِينَ كُلِّهِمْ ، كَالْمَعَادِنِ الظَّاهِرَةِ ، وَمَادَامَ مُقِيمًا عِنْدَهَا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ سَابِقٌ إِلَيْهَا ، فَهُوَ كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ .

فصل : وَإِذَا كَانَ لِإِنْسَانٍ شَجَرَةٌ فِي مَوَاتٍ ، فَلَهُ حَرِيمُهَا قَدْرَ مَا تَمُدُّ إِلَيْهِ أَغْصَانُهَا حَوَالِيهَا ، وَفِي النَّخْلَةِ مَدُّ جَرِيدِهَا ؛ / لِمَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(١٢) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ ، ١٤٤/٥ ظ قال : اخْتَصِمَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فِي حَرِيمِ نَخْلَةٍ ، فَأَمَرَ بِجَرِيدَةٍ مِنْ جَرَائِدِهَا فَذَرَعَتْ ، فَكَانَتْ سَبْعَةً ^(١٣) أَذْرُعَ أَوْ خَمْسَةً أَذْرُعَ ، فَقَضَى بِذَلِكَ . وَإِنْ غَرَسَ شَجَرَةً فِي مَوَاتٍ ، فَهِيَ لَهُ وَحَرِيمُهَا . وَإِنْ سَبَقَ إِلَى شَجَرٍ مُبَاحٍ ، كَالزَّيْتُونِ وَالْخَرْبُوبِ ، فَسَقَاهُ وَأَصْلَحَهُ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ ، فَإِنْ طَعَمَهُ مَلَكَهُ بِذَلِكَ وَحَرِيمَهُ ؛ لِأَنَّهُ نَهْيًا لِلْإِنْتِفَاعِ بِهِ لِمَا يُرَادُّ مِنْهُ ، فَهُوَ كَسَوْقِ الْمَاءِ إِلَى الْأَرْضِ الْمَوَاتِ ؛ وَلِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ^(١٤) .

فصل : وَمَنْ كَانَتْ لَهُ بَيْتْرٌ فِيهَا مَاءٌ ، فَحَفَرَ آخَرَ قَرِيبًا مِنْهَا بَيْتْرًا يَنْسَرِقُ إِلَيْهَا مَاءُ الْبَيْتْرِ الْأَوَّلَى ، فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ، سِوَاءَ كَانَ مُحْتَفِرُ الثَّانِيَةِ فِي مِلْكِهِ ، مِثْلَ رَجُلَيْنِ مُتَجَاوِرَيْنِ فِي دَارَيْنِ ، حَفَرَ أَحَدُهُمَا فِي دَارِهِ بَيْتْرًا ، ثُمَّ حَفَرَ الْآخَرَ بَيْتْرًا أَعَمَّقَ مِنْهَا ، فَسَرَى إِلَيْهَا مَاءُ الْأَوَّلَى ، أَوْ كَانَتَا فِي مَوَاتٍ ، فَسَبَقَ أَحَدُهُمَا ، فَحَفَرَ بَيْتْرًا ، ثُمَّ جَاءَ آخَرُ فَحَفَرَ قَرِيبًا مِنْهَا بَيْتْرًا تَحْتَذِبُ مَاءُ الْأَوَّلَى . وَوَأَقَى الشَّافِعِيُّ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَبَدَّى مِلْكُهُ عَلَى وَجْهِ يَضُرُّ بِالْمَالِكِ قَبْلَهُ . وَقَالَ فِي الْأَوَّلَى : لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ مُبَاحٌ فِي مِلْكِهِ ، فَجَازَ لَهُ فِعْلُهُ ، كَتَعْلِيلِ دَارِهِ . وَهَكَذَا الْخِلَافُ فِي كُلِّ مَا يُخَدِّثُهُ الْجَارُ مِمَّا يَضُرُّ بِجَارِهِ ، مِثْلَ أَنْ يَجْعَلَ دَارَهُ مَذْبَعَةً ، أَوْ حِمَامًا يَضُرُّ بِعَقَارِ جَارِهِ بِحِمَى نَارِهِ وَرَمَادِهِ

(١٢) في : باب أبواب من القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢٨٤/٢ .

(١٣) في الأصل : « ستة » .

(١٤) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٢ .

وَدُخَانِهِ ، أَوْ يَخْفِرَ فِي أَصْلِ حَائِطِهِ حُشًّا^(١٥) يَتَأَذَى جَارُهُ بِرَائِحَتِهِ وَغَيْرِهَا ، أَوْ يَجْعَلَ دَارَهُ مَخْبِزًا فِي وَسْطِ الْعِطَّارِينَ وَنَحْوِهِ ، مِمَّا يُؤَذَى جِيرَانُهُ ، فَلَا يَجِلُّ لَهُ ذَلِكَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَهُ ذَلِكَ كُلُّهُ ، لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ مُبَاحٌ فِي مِلْكِهِ ، أَشَبَّهَ بِنَاءَهُ وَنَقْضَهُ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ »^(١٦) . وَلِأَنَّهُ إِحْدَاثُ ضَرَرٍ بِجَارِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَالَّذِي يَهْزُ الْحَيْطَانُ وَيُخْرِبُهَا ، وَكَالِقَاءِ السَّمَادِ وَالتُّرَابِ وَنَحْوِهِ فِي أَصْلِ حَائِطِهِ عَلَى وَجْهِ يَضُرُّ بِهِ . وَلَوْ كَانَ لِرَجُلٍ مَصْنَعُ مَاءٍ ، فَأَرَادَ جَارُهُ غَرْسَ شَجَرَةٍ بَيْنَ^(١٧) قَرِيْبًا مِنْهُ^(١٨) أَوْ نَحْوَهَا مِمَّا تَسْرِي غُرُوقُهُ فَتَشُقُّ حَائِطَ مَصْنَعِ جَارِهِ ، وَتُتْلِفُهُ ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ، وَكَانَ لِبَارِهِ مَنَعُهُ وَقَلْعُهَا إِنْ غَرَسَهَا . وَلَوْ كَانَ هَذَا الَّذِي يَخْصُلُ مِنْهُ الضَّرَرُ سَابِقًا ، مِثْلَ مَنْ لَهُ فِي مِلْكِهِ مَذْبَعَةٌ أَوْ مَقْصَرَةٌ ، فَأَحْيَا إِنْسَانًا إِلَى جَانِبِهِ مَوَاتًا ، وَبَنَاهُ دَارًا ، يَتَضَرَّرُ بِذَلِكَ ، لَمْ يَلْزَمْ إِزَالَةُ الضَّرَرِ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُحْدِثْ ضَرَرًا . و ١٤٥/٥ والله تعالى أعلم .

٩١٧ - مسألة ؛ قال : (وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ مَا أَحْيَاهُ ، أَوْ سَبَقَ إِلَيْهِ بِإِذْنِ الْإِمَامِ ، أَوْ غَيْرِ إِذْنِهِ)

وجملة ذلك ، أن إحياء الموات لا يفتقر إلى إذن الإمام . وبهذا قال الشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : يفتقر إلى إذن ، لأن للإمام مدخلا في النظر في ذلك ، بدليل أن من تحجر مواتا فلم يحيه ، فإنه يطالبه بالإحياء أو الترك ، فافتقر إلى إذن ، كإل بيوت المال . ولنا ، عموم قوله عليه السلام : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً^(١) ، فَهِيَ لَهُ »^(٢) . ولأن هذا عين مباحة ، فلا يفتقر تملكها إلى إذن الإمام ، كأخذ

(١٥) الحش : بيت الخلاء .

(١٦) تقدم ترجمته في : ١٤٠/٤ .

(١٧) سقط من : الأصل .

(١٨) (١٨ - ١٨) سقط من : ب ، م .

(١) سقط من : ب ، م .

(٢) تقدم ترجمته في صفحة ١٤٥ .

الحَشِيشِ وَالْحَطَبِ ، وَنَظَرَ الْإِمَامُ فِي ذَلِكَ لَا يَدُلُّ عَلَى اعْتِبَارِ إِذْنِهِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ وَقَفَ فِي مَشْرَعَةٍ ، طَالَبه الإمامُ أَنْ يَأْخُذَ حَاجَتَهُ وَيَنْصَرِفَ ، وَلَا يَفْتَقِرُ ذَلِكَ إِلَى إِذْنِهِ . وَأَمَّا مَا لَيْتَ الْمَالِ ، فَإِنَّمَا هُوَ مَمْلُوكٌ لِلْمُسْلِمِينَ ، وَلِلْإِمَامِ تَرْتِيبُ مَصَارِفِهِ فَافْتَقَرَ إِلَى إِذْنِهِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا ، فَإِنَّ هَذَا مُبَاحٌ ، فَمَنْ سَبَقَ إِلَيْهِ كَانَ أَحَقُّ النَّاسِ بِهِ ، كَالْحَشِيشِ وَالْحَطَبِ وَالصُّيُودِ وَالثَّمَارِ الْمُبَاحَةِ فِي الْجِبَالِ .

فصل : فَأَمَّا مَا سَبَقَ إِلَيْهِ ، فَهُوَ الْمَوَاتُ إِذَا سَبَقَ إِلَيْهِ فَتَحَجَّرَهُ ، كَانَ أَحَقُّ ، وَإِنْ سَبَقَ إِلَى بَيْتٍ^(٣) عَادِيَّةٍ ، فَشَرَعَ فِيهَا يُعَمِّرُهَا ، كَانَ أَحَقُّ بِهَا . وَمَنْ سَبَقَ إِلَى^(٣) مَقَاعِدِ الْأَسْوَاقِ وَالطَّرِيقَاتِ ، أَوْ مَشَارِعِ الْمِيَاهِ وَالْمَعَادِنِ الظَّاهِرَةِ وَالْبَاطِنَةِ ، وَكُلِّ مُبَاحٍ مِثْلِ الْحَشِيشِ وَالْحَطَبِ وَالثَّمَارِ الْمَأْخُودَةِ مِنَ الْجِبَالِ ، وَمَا يَنْبِذُهُ النَّاسُ رَغْبَةً عَنْهُ ، أَوْ يَضِيعُ مِنْهُمْ مِمَّا لَا تَتَّبَعُهُ النَّفْسُ ، وَاللَّقْطَةُ^(٤) وَاللَّقِيطُ ، وَمَا يَسْقُطُ مِنَ الثَّلْجِ وَسَائِرِ الْمُبَاحَاتِ ، مَنْ سَبَقَ إِلَى شَيْءٍ مِنْ هَذَا ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى إِذْنِ الْإِمَامِ ، وَلَا إِذْنِ غَيْرِهِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ »^(٥) .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقطت الواو من : ب ، م .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٢ .

كتاب الوقوف والعطايا

والوقوف : جَمْعُ وَقِفٍ ، يُقال منه : وَقَفْتُ وَقَفًا . ولا يقال : أَوْقَفْتُ . إِلَّا فِي شَاذِّ اللَّغَةِ ، ويقال : حَبَسْتُ وَأَحْبَسْتُ . وبه جاء الحديث : « إِنْ شِئْتَ حَبَسْتُ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا »^(١) . والعطايا : جَمْعُ عَطِيَّةٍ ، مثل خَلِيَّةٍ وَخَلَايَا ، وَبَلِيَّةٍ وَبَلَايَا . والوقف مُسْتَحَبٌّ . ومعناه : تَحْيِيسُ الْأَصْلِ ، وَتَسْيِيلُ الثَّمَرَةِ . والأصل فيه ما رَوَى عبد الله بن عمر ، قال : أَصَابَ عَمْرُ أَرْضًا بِخَيْرٍ فَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ يَسْتَأْذِنُهُ فِيهَا فَقَالَ / : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنِّي أَصَبْتُ أَرْضًا بِخَيْرٍ ، لَمْ أَصِبْ قَطُّ مَالًا أَنَفْسَ عِنْدِي مِنْهُ ، فَمَا تَأْمُرُنِي فِيهَا ؟ فقال : « إِنْ شِئْتَ حَبَسْتُ أَصْلَهَا ، وَتَصَدَّقْتَ بِهَا ، غَيْرَ أَنَّهُ لَا يَتَبَاعُ أَصْلُهَا ، وَلَا يَتَبَاعُ ، وَلَا يُوهَبُ ، وَلَا يُورَثُ » . قال : فَتَصَدَّقُ بِهَا عَمْرُ فِي الْفُقَرَاءِ ، وَذَوِي الْقُرْبَى ، وَالرَّقَابِ ، وَابْنِ السَّبِيلِ ، وَالضَّيْفِ ، لَا جُنَاحَ عَلَيَّ مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا ، أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقًا بِالْمَعْرُوفِ ، غَيْرَ مُتَأَثِّلٍ فِيهِ ، أَوْ غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ فِيهِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ ، انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ : صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ مِنْ بَعْدِهِ ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ »^(٣) . قال

(١) من الحديث الآتي تخريجه .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب الشروط في الوقف ، من كتاب الشروط ، وفي : باب ما للوصي أن يعمل في مال اليتيم ... ، وباب الوقف كيف يكتب ، من كتاب الوصايا . صحيح البخاري ٢٦٠/٣ ، ١١/٤ ، ١٢ ، ١٤ . ومسلم ، في : باب الوقف ، من كتاب الوصية . صحيح مسلم ١٢٥٥/٣ ، ١٢٥٦ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف ، من كتاب الوصايا سنن أبي داود ١٠٥/٢ . والترمذي ، في : باب في الوقف ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٤٣/٦ . والنسائي ، في : باب كيف يكتب الحبس ... ، من كتاب الأحياس . المجتبى ١٩١/٦ ، ١٩٢ . وابن ماجه ، في : باب من وقف ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨٠١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٢/٢ ، ١٣ ، ٥٥ ، ١٢٥ . (٣) أخرجه مسلم ، في : باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته ، من كتاب الوصية . صحيح مسلم =

التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنَ السَّلَفِ وَمَنْ بَعْدَهُمْ عَلَى الْقَوْلِ بِصِحَّةِ الْوَقْفِ . قَالَ جَابِرٌ : لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ ذُو مَقْدِرَةٍ إِلَّا وَقَفَ . وَلَمْ يَرِ شُرَيْحُ الْوَقْفِ ، وَقَالَ : لَا حَبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللَّهِ . قَالَ أَحْمَدُ : وَهَذَا مَذْهَبُ أَهْلِ الْكُوفَةِ . وَذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ إِلَى أَنَّ الْوَقْفَ لَا يَلْزَمُ بِمُجَرَّدِهِ ، وَلِلْوَاقِفِ الرَّجُوعُ فِيهِ ، إِلَّا أَنْ يُوصَى بِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَيَلْزَمُ ، أَوْ يَحْكُمَ بِلِزْوِمِهِ حَاكِمٌ . وَحَكَاهُ بَعْضُهُمْ عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ . وَخَالَفَهُ صَاحِبَاهُ ، فَقَالَا كَقَوْلِ سَائِرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَاحْتَجَّ بَعْضُهُمْ بِمَا رَوَى أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ زَيْدٍ ، صَاحِبَ الْأَذَانِ ، جَعَلَ حَائِطَهُ صَدَقَةً ، وَجَعَلَهُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَجَاءَ أَبَوَاهُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَا : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، لَمْ يَكُنْ لَنَا عَيْشٌ إِلَّا هَذَا الْحَائِطُ . فَرَدَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، ثُمَّ مَاتَا ، فَوَرِثَهُمَا . رَوَاهُ الْمُحَافِلِيُّ^(٤) فِي « أَمَالِيهِ »^(٥) ، وَلَأنَّهُ أَخْرَجَ مَالَهُ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَى مِنْ مِلْكِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْ بِمُجَرَّدِ الْقَوْلِ ، كَالصَّدَقَةِ . وَهَذَا الْقَوْلُ يُخَالِفُ السُّنَّةَ الثَّابِتَةَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَإِجْمَاعَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِعُمَرَ فِي وَقْفِهِ : « لَا يُتَاغُ أَصْلُهَا ، وَلَا يُتَاغُ ، وَلَا يُوهَبُ ، وَلَا يُورَثُ » . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : الْعَمَلُ عَلَى هَذَا الْحَدِيثِ عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ وَغَيْرِهِمْ ، لَا نَعْلَمُ بَيْنَ^(٦) « أَحَدٍ مِنْ^(٧) الْمُتَقَدِّمِينَ مِنْهُمْ فِي ذَلِكَ اخْتِلَافًا . قَالَ الْحَمِيدِيُّ : تَصَدَّقَ أَبُو بَكْرٍ بِدَارِهِ عَلَى وَلَدِهِ ، وَعُمَرُ بِرُبْعِهِ عِنْدَ الْمَرْوَةِ عَلَى وَلَدِهِ ، وَعُثْمَانُ بِرُومَةٍ^(٨) ، وَتَصَدَّقَ عَلِيٌّ بِأَرْضِهِ بَيْنِيعَ ، وَتَصَدَّقَ الزُّبَيْرُ بِدَارِهِ بِمَكَّةَ^(٩) وَدَارِهِ بِمِصْرَ وَأَمْوَالِهِ بِالْمَدِينَةِ^(١٠) عَلَى وَلَدِهِ ،

= ١٢٥٥/٣ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي مَا جَاءَ فِي الصَّدَقَةِ عَنِ الْمَيِّتِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . سَنَنْ أُمِّي دَاوُدَ ١٠٦/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ فِي الْوَقْفِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٤٤/٦ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ فَضْلِ الصَّدَقَةِ عَنِ الْمَيِّتِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . الْمَجْتَبَى ٢١٠/٦ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٧٢/٢ .

(٤) أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْحُسَيْنُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ بْنِ مُحَمَّدٍ الضَّبِّيُّ الْمُحَافِلِيُّ الْقَاضِي الْفَقِيهَ ، صَاحِبُ « الْأَمَالِي » الْمُتَوَفَّى سَنَةَ ثَلَاثِينَ وَثَلَاثُمِائَةٍ . تَارِيخُ التَّرَاثِ الْعَرَبِيِّ ٣٥٧/١/١ .

(٥) وَذَكَرَهُ الْمَرْيُوعُ وَغَرَاهُ إِلَى النَّسَائِيِّ فِي الْكِبَرِيِّ . تَحْفَةُ الْأَشْرَافِ ٣٤٥/٤ .

(٦) ٦ - ٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٧) أَيْ ، بِمِصْرَ وَرُومَةَ بِالْمَدِينَةِ .

٨) وَتَصَدَّقْ سَعْدَ بَدَارِهِ بِالْمَدِينَةِ وَدَارِهِ بِمَضَرَ عَلَى وَلَدِهِ ، وَعُمَرُو بْنُ الْعَاصِ
بِالْوَهْطِ ٩) وَدَارِهِ بِمَكَّةَ عَلَى وَلَدِهِ ٨) ، وَحَكِيمُ بْنُ حِزَامٍ بِدَارِهِ بِمَكَّةَ وَالْمَدِينَةِ عَلَى وَلَدِهِ
/ ١٤٦/٥ و ، فَذَلِكَ كُلُّهُ إِلَى الْيَوْمِ . وَقَالَ جَابِرٌ : لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ ذُو مَقْدِرَةٍ
إِلَّا وَقَفَ . وَهَذَا إِجْمَاعٌ مِنْهُمْ ، فَإِنَّ الَّذِي قَدَّرَ مِنْهُمْ عَلَى الْوَقْفِ وَقَفَ ، وَاشْتَهَرَ ذَلِكَ ،
فَلَمْ يُنْكِرْهُ أَحَدٌ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَلِأَنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ يُلْزَمُ بِالْوَصِيَّةِ ، فَإِذَا نَجَزَهُ حَالُ الْحَيَاةِ
لَزِمَ مِنْ غَيْرِ حُكْمٍ ، كَالْعِتْقِ . وَحَدِيثُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ زَيْدٍ إِنْ ثَبَتَ ، فَلَيْسَ فِيهِ ذِكْرُ
الْوَقْفِ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ جَعَلَهُ صَدَقَةً غَيْرَ مَوْقُوفٍ ، اسْتَنْابَ فِيهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَرَأَى
وَالِدَيْهِ أَحَقَّ النَّاسِ بِصَرْفِهَا إِلَيْهِمَا ، وَلِهَذَا لَمْ يُرَدِّهَا عَلَيْهِ ، إِنَّمَا دَفَعَهَا إِلَيْهِمَا . وَيَحْتَمِلُ
أَنَّ الْحَائِطَ كَانَ لهُمَا ، وَكَانَ هُوَ يَتَصَرَّفُ فِيهِ بِحُكْمِ النِّيَابَةِ عَنْهُمَا ، فَتَصَرَّفَ بِهَذَا
التَّصَرُّفِ بِغَيْرِ إِذْنِهِمَا ، فَلَمْ يُنْفِذَاهُ ، وَأَتَى النَّبِيُّ ﷺ فَرَدَّهُ إِلَيْهِمَا . وَالْقِيَاسُ عَلَى الصَّدَقَةِ
لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهَا تُلْزَمُ فِي الْحَيَاةِ بِغَيْرِ حُكْمٍ حَاكِمٍ ، وَإِنَّمَا تَقْتَضِي إِلَى الْقَبْضِ ، وَالْوَقْفُ
لَا يَفْتَقِرُ إِلَيْهِ ، فَافْتَرَقَا .

٩١٨ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ أَبُو الْقَاسِمِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْهِ : (وَمَنْ وَقَفَ فِي صِحَّةٍ مِنْ
عَقْلِهِ وَبَدَنِهِ ، عَلَى قَوْمٍ وَأَوْلَادِهِمْ وَعَقِبِهِمْ ثُمَّ آخَرَهُ لِلْمَسَاكِينِ ، فَقَدْ زَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ)
فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فُصُولٌ ثَلَاثَةٌ :

أَحَدُهَا : أَنَّ الْوَقْفَ إِذَا صَحَّ ، زَالَ بِهِ مِلْكُ الْوَاقِفِ عَنْهُ ، فِي الصَّحِيحِ مِنْ
الْمَذْهَبِ . وَهُوَ الْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ، وَمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ . وَعَنْ أَحْمَدَ :
لَا يَزُولُ مِلْكُهُ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَحُكْمِي قَوْلًا لِلشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ
: « حَبَسَ الْأَصْلَ ، وَسَبَلَ الثَّمَرَةَ » ١) . وَلَنَا ، أَنَّهُ سَبَبٌ يُزِيلُ التَّصَرُّفَ فِي

(٨ - ٨) سقط من : الأصل .

(٩) الوهط : مال كان لعمر بن العاص بالطائف على ثلاثة أميال من وج .

(١) تقدم تخريجه من حديث عمر صفحة ١٨٤ وهذه الرواية أخرجهما النسائي ، في : باب حبس المشاع ، من كتاب =

الرَّقَبَةِ وَالْمَنْفَعَةِ ، فَأَزَالَ الْمَلِكُ ، كَالْعِتْقِ ، وَلَئِنَّهُ لَوْ كَانَ مَلِكُهُ لَرَجَعَتْ إِلَيْهِ قِيمَتُهُ ، كَالْمَلِكِ الْمُطْلَقِ ، وَأَمَّا الْحَبْرُ ، فَالْمُرَادُ بِهِ أَنْ يَكُونَ مَحْبُوسًا ، لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ . وَفَائِدَةُ الْخِلَافِ أَنَّ إِذَا حَكَمْنَا بَبَقَاءِ مَلِكِهِ ، لَزِمَتْهُ مُرَاعَاتُهُ ، وَالْخُصُومَةُ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزِمَهُ أَرْضُ جِنَايَتِهِ ، كَمَا يَفْدَى أُمُّ الْوَلَدِ سَيِّدَهَا لَمَّا تَعَدَّرَ تَسْلِيمُهُ ، بِخِلَافِ غَيْرِ الْمَالِكِ .

الفصل الثاني : أَنَّ ظَاهِرَ هَذَا الْكَلَامِ ، أَنَّهُ يُزُولُ الْمَلِكُ ، وَيَلْزَمُ الْوَقْفُ بِمُجَرَّدِ اللَّفْظِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ يَحْصُلُ بِهِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى ، لَا يَلْزَمُ إِلَّا بِالْقَبْضِ ، وَإِخْرَاجِ الْوَاقِفِ لَهُ عَنْ يَدِهِ . وَقَالَ : الْوَقْفُ الْمَعْرُوفُ أَنْ يُخْرِجَهُ مِنْ يَدِهِ إِلَى غَيْرِهِ ، وَيُوكَلُ فِيهِ مَنْ يَقُومُ بِهِ . اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ / بِمَالٍ لَمْ يُخْرِجْهُ عَنِ الْمَالِيَّةِ ، فَلَمْ يَلْزَمْ بِمُجَرَّدِهِ ، كَالْهَبَةِ وَالْوَصِيَّةِ . وَلَنَا ، ١٤٦/٥ ظ مَارَوْيَنَاهُ مِنْ حَدِيثِ عُمَرَ ، وَلَئِنَّهُ تَبَرُّعٌ يَمْنَعُ الْبَيْعَ وَالْهَبَةَ وَالْمِيرَاثَ ، فَلَزِمَ بِمُجَرَّدِهِ ، كَالْعِتْقِ ، وَيُقَارِقُ الْهَبَةَ ؛ فَإِنَّهَا تَمْلِكُ مُطْلَقًا ، وَالْوَقْفُ تَحْبِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْيِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، فَهُوَ بِالْعِتْقِ أَشْبَهُ ، فَإِلْحَاقُهُ بِهِ أَوْلَى .

الفصل الثالث : أَنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى الْقَبُولِ مِنَ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، كَالْمَسَاكِينِ ، أَوْ مَنْ لَا يُتَصَوَّرُ مِنْهُ الْقَبُولُ كَالْمَسَاجِدِ وَالْقَنَاطِرِ ، لَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى قَبُولٍ ، وَإِنْ كَانَ عَلَى آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، فَفِي اشْتِرَاطِ الْقَبُولِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، اشْتِرَاطُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ لَآدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، (فَكَانَ مِنْ شَرْطِهِ الْقَبُولُ ، كَالْهَبَةِ وَالْوَصِيَّةِ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ إِنْ كَانَتْ لَآدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ^٢ ، وَقَفَّتْ عَلَى قَبُولِهِ ، وَإِذَا كَانَتْ لَغَيْرِ مُعَيَّنٍ أَوْ لِمَسْجِدٍ أَوْ نَحْوِهِ ، لَمْ تَفْتَقِرْ إِلَى قَبُولٍ ، كَذَا هُنَا . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ ؛ لِأَنَّهُ أَحَدُ نَوْعِي الْوَقْفِ ، فَلَمْ يُشْتَرَطْ لَهُ الْقَبُولُ ، كَالنُّوعِ

=الأحباس . المجتبى ١٩٣/٦ ، ١٩٤ . وابن ماجه ، في : باب من وقف ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه . ٨٠١/٢ .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل . نقل نظر .

الآخر ، ولأنه إزاله ملك يمنع البيع والهبة والميراث ، فلم يُعتبر فيه القبول ، كالعتق ، وبهذا فارق الهبة والوصية . والفرق بينه وبين الهبة والوصية ، أن الوقف لا يختص بالمعين ، بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل ، فيكون الوقف على جميعهم ، إلا أنه مرَّتب ، فصار بمنزلة الوقف على الفقراء الذي لا يُطل برِّد واحد منهم ، ولا يقف على قبوله ، والوصية للمعين بخلافه . وهذا مذهب الشافعي . فإذا قلنا : لا يفتقر إلى القبول . لم يُطل برِّده ، وكان رده وقبوله وعدمهما واحداً ، كالعتق . وإن قلنا : يفتقر إلى القبول . فردّه من وقف عليه ، بطل في حقه ، وصار كالوقف المنقطع الابتداء . يُخرج في صحته في حق من سواه وبطلانه وجهان ، بناءً على تفريق الصفة . فإن قلنا بصحته ، فهل ينتقل في الحال إلى من بعده ، أو يُصرف في الحال إلى مصرف في (٣) الوقف المنقطع إلى أن يموت الذي رده ، ثم ينتقل إلى من بعده ؟ على وجهين . وسندكر ذلك في الوقف المنقطع الابتداء ، إن شاء الله تعالى .

فصل : وينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليهم ، في ظاهر المذهب . قال أحمد : إذا وقف داره على ولد أخيه ، صارت لهم . وهذا يدل على أنهم ملكوه ، وروى عن أحمد ، أنه لا يملك ، فإن جماعة نقلوا عنه ، في من وقف على ورثته في مرضه : يجوز ؛ لأنه لا يباع ولا يورث ، ولا يصير ملكاً للورثة ، وإنما ينتفعون / بعلتها . وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون . ويحتمل أن يريد بقوله لا يملكون ، أن لا يملكون التصرف في الرقبة ، فإن فائدة الملك وآثاره ثابتة في الوقف . وعن الشافعي من الاختلاف نحو ما حكيناه . وقال أبو حنيفة : لا ينتقل الملك في الوقف للأزم ، بل يكون حقاً لله تعالى ؛ لأنه إزاله ملك عن العين والمنفعة على وجه القرية ، بتمليك المنفعة ، فانتقل الملك إلى الله تعالى ، كالعتق . ولنا ، أنه (٤) سبب يُزيل ملك الواقف ، وجد إلى من يصح تملكه على وجه لم يُخرج المال عن ماله ، فوجب أن

و ١٤٧/٥

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في م : أن .

يَنْقُلُ الْمِلْكَ إِلَيْهِ ، كَالِهَبَةِ وَالْبَيْعِ ، وَلَأنَّهُ لَوْ كَانَ تَمْلِيكَ الْمَنْفَعَةِ الْمُجَرَّدَةِ لَمْ يَلْزَمْ كَالْعَارِيَةِ
وَالسُّكْنَى ، وَلَمْ يَزَلْ مِلْكُ الْوَاقِفِ عَنْهُ كَالْعَارِيَةِ ، وَيُفَارِقُ الْعِتْقَ ، فَإِنَّهُ أَخْرَجَهُ عَنْ
الْمَالِيَّةِ ، وَامْتِنَاعُ التَّصَرُّفِ فِي الرَّقَبَةِ لَا يَمْنَعُ الْمِلْكَ ، كَأَمِّ الْوَلَدِ .

فصل : وَالْفَاضِلُ الْوَقْفِ سِتَّةٌ ، ثَلَاثَةٌ صَرِيحَةٌ ، وَثَلَاثَةٌ كِنَايَةٌ ، فَالْصَّرِيحَةُ :
وَقَفْتُ ، وَحَبَسْتُ ، وَسَبَّلْتُ . مَتَى أَتَى بِوَاحِدَةٍ مِنْ هَذِهِ الثَّلَاثِ ، صَارَ وَقْفًا مِنْ غَيْرِ
انْضِمَامِ أَمْرِ زَائِدٍ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَفْظَاظَ ثَبَتَ لَهَا عُرْفُ الْاسْتِعْمَالِ بَيْنَ النَّاسِ ، وَانْضَمَّ
إِلَى ذَلِكَ عُرْفُ الشَّرْعِ ، بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ لِعُمَرَ : « إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا ، وَسَبَّلْتَ
ثَمَرَتَهَا » (٥) . فَصَارَتْ هَذِهِ الْأَفْظَاظُ فِي الْوَقْفِ كَلْفِظِ التَّطْلِيْقِ فِي الطَّلَاقِ . وَأَمَّا
الْكِنَايَةُ ، فَهِيَ : تَصَدَّقْتُ ، وَحَرَّمْتُ ، وَأَبَدْتُ . فَلَيْسَتْ صَرِيحَةً ؛ لِأَنَّ لَفْظَةَ الصَّدَقَةِ
والتَّحْرِيمِ مُشْتَرَكَةٌ ، فَإِنَّ الصَّدَقَةَ تُسْتَعْمَلُ فِي الزَّكَاةِ وَالْهَبَاتِ ، وَالتَّحْرِيمُ يُسْتَعْمَلُ
فِي الظَّهَارِ وَالْأَيْمَانِ ، وَيَكُونُ تَحْرِيمًا عَلَى نَفْسِهِ وَعَلَى غَيْرِهِ ، وَالتَّأْيِيدُ يَحْتَمِلُ تَأْيِيدَ
التَّحْرِيمِ ، وَتَأْيِيدَ الْوَقْفِ ، وَلَمْ يَثْبُتْ لِهَذِهِ الْأَفْظَاظِ عُرْفُ الْاسْتِعْمَالِ ، فَلَا يَحْصُلُ
الْوَقْفُ بِمُجَرَّدِهَا ، كَكِنَايَاتِ الطَّلَاقِ فِيهِ . فَإِنْ انْضَمَّ إِلَيْهَا أَحَدُ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ ، حَصَلَ
الْوَقْفُ بِهَا ، أَحَدُهَا ، أَنْ يَنْضَمَّ إِلَيْهَا لَفْظَةٌ أُخْرَى تُخَلِّصُهَا مِنَ الْأَفْظَاظِ الْخَمْسَةِ ، فَيَقُولُ :
صَدَقَةً مَوْقُوفَةً ، أَوْ مُحَبَسَةً ، أَوْ مُسَبَّلَةً ، أَوْ مُحَرَّمَةً ، أَوْ مُؤَبَّدَةً . أَوْ يَقُولُ : هَذِهِ
مُحَرَّمَةٌ مَوْقُوفَةٌ ، أَوْ مُحَبَسَةٌ ، أَوْ مُسَبَّلَةٌ ، أَوْ مُؤَبَّدَةٌ . الثَّانِي ، أَنْ يَصِفَهَا بِصِفَاتِ
الْوَقْفِ ، فَيَقُولُ : صَدَقَةً لَا تَبَاعُ ، وَلَا تُوهَبُ ، وَلَا تُورَثُ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْقَرِينَةُ تُزِيلُ
الاشْتِرَاكَ . الثَّالِثُ ، أَنْ يَنْوِيَ الْوَقْفَ ، فَيَكُونُ عَلَى مَا نَوَى ، إِلَّا أَنَّ النَّيَّةَ / تَجْعَلُهُ وَقْفًا
فِي الْبَاطِنِ دُونَ الظَّاهِرِ ، لِعَدَمِ الْإِطْلَاقِ عَلَى مَا فِي الضَّمَائِرِ ، فَإِنْ اعْتَرَفَ بِمَا نَوَاهُ ،
لَزِمَ فِي الْحُكْمِ ؛ لِظُهُورِهِ ، وَإِنْ قَالَ : مَا أَرَدْتُ الْوَقْفَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِمَا
نَوَى .

ظ ١٤٧/٥

(٥) تقدم تخريجه من حديث عمر صفحة ١٨٤ ، ١٨٦ .

فصل: وظاهر مذهب أحمد أن الوقف يحصل بالفعل مع القرائن الدالة عليه ، مثل أن يبنى مسجدًا ، ويأذن للناس في الصلاة فيه ، أو مقبرة ، ويأذن في الدفن فيها ، أو سقاية ، ويأذن في دخولها ، فإنه قال : في رواية أبي داود ، وأبي طالب ، في من أدخل بيتًا في المسجد وأذن فيه ، لم يرجع فيه . وكذلك إذا^(٦) اتخذ المقابر وأذن للناس ، والسقاية ، فليس له الرجوع ، وهذا قول أبي حنيفة . وذكر القاضي فيه رواية أخرى ، أنه لا يصير وقفًا إلا بالقول . وهذا مذهب الشافعي . وأخذ القاضي من قول أحمد ، إذ سأل الأثرم عن رجل أحاط حائطًا على أرض ، ليجعلها مقبرة ، وتوى بقلبه ، ثم بدله العود ؟ فقال : إن كان جعلها لله ، فلا يرجع . وهذا لا ينافي الرواية الأولى ، فإنه أراد بقوله : إن كان جعلها لله أى توى بتحويلها جعلها لله . فهذا تأكيد للرواية الأولى ، وزيادة عليها ، إذ منعه من الرجوع بمجرد التحويل مع النية . وإن أراد بقوله : جعلها لله . أى : اقترنت بفعله قرائن دالة على إرادة ذلك ، من إذنه للناس في الدفن فيها ، فهى الرواية الأولى بعينها ، وإن أراد : وقفها^(٧) بلسانه ، فيدل بمفهوميها على أن الوقف لا يحصل بمجرد التحويل والنية ، وهذا لا ينافي الرواية الأولى ؛ لأنه في الأولى انضم إلى فعله إذنه للناس في الدفن ، ولم يوجد ههنا ، فلا تنافي بينهما ، ثم لم يعلم مراده من هذه الاحتمالات ، فانتفت هذه الرواية ، وصار المذهب رواية واحدة . والله أعلم . واحتجوا بأن هذا تحبيس أصلي على وجه القرية ، فوجب أن لا يصح بدون اللفظ ، كالوقف على الفقراء . ولنا ، أن العرف جارٍ بذلك ، وفيه دلالة على الوقف ، فجاز أن يثبت به ، كالقول ، وجرى مجرى من قدم إلى ضيفه طعامًا ، كان إذنا في أكله ، ومن ملأ خابية ماء على الطريق ، كان تسبيلاً له ، ومن نثر على الناس نثارًا ، كان إذنا في التقاطه ، وأبيح أخذه . وكذلك دخول الحمام ، واستعمال مائه من غير إذن مباح بدلالة الحال . وقد قدمنا في البيع أنه يصح بالمعاطاة من غير لفظ ،

(٦) في الأصل زيادة : « كان » .

(٧) في ب ، م : « وقفًا » .

وكذلك الهبة والهدية ، لدلالة الحال ، فكذلك ههنا . وأما الوقف على / المساكين ، ١٤٨/٥ و
 فلم تجر به عادة بغير لفظ ، ولو كان شيء جرت به العادة ، أو دلت الحال عليه ، كان
 كمسألتنا . والله أعلم .

٩١٩ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرْجَعَ إِلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ مَنَافِعِهِ)

وجملة ذلك أن من وقف شيئاً وقفاً صحيحاً ، فقد صارت مَنَافِعُهُ جَمِيعُهَا لِلْمَوْقُوفِ
 عليه ، وزال عن الواقف ملكه ، وملك مَنَافِعُهُ ، فلم يجوز أن ينتفع بشيء منها ، إلا أن
 يكون قد وقف شيئاً للمسلمين ، فيدخل في جملتهم ، مثل أن يقف مسجداً ، فله
 أن يصلّي فيه ، أو مقبرة فله الدفن فيها ، أو بئراً للمسلمين ، فله أن يستقي منها ،
 أو سقاية ، أو شيئاً يعمُّ المسلمين ، فيكون كأحدِهِمْ . لا نعلم في هذا كله خلافاً .
 وقد روى عن عثمان بن عفان ، رضى الله عنه ، أنه سئل بئر رومة ، وكان دلوها فيها
 كدلاء المسلمين .

٩٢٠ - مسألة ؛ قال : (إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ ، فَيَكُونَ لَهُ مِقْدَارُ مَا
 يَشْتَرِطُ)

وجملته أن الواقف إذا اشترط في الوقف أن يتفق منه على نفسه ، صح الوقف
 والشرط . نص عليه أحمد . قال الأثرم : قيل لأبي عبد الله : يشترط في الوقف أني
 أنفق على نفسي وأهلي منه ؟ قال : نعم . واحتج ، قال : سمعت ابن عيينة ، عن ابن
 طاووس ، عن أبيه ، عن حنبل المدري ، أن في صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل منها
 أهلُه بالمعروف غير المنكر . وقال القاضي : يصح الوقف ، رواية واحدة ؛ لأن أحمد
 نص عليها في رواية جماعة . وبذلك قال ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وأبو يوسف ،
 والربيع ، وابن سريج . وقال مالك ، والشافعي ، ومحمد بن الحسن : لا يصح
 الوقف ؛ لأنه إزالة الملك ، فلم يجوز اشتراط نفعه لنفسه ، كالبيع والهبة ، وكما لو اعتق
 عبداً بشرط أن يخدمه ، ولأن ما يتفق على نفسه مجهول ، فلم يصح اشتراطه ، كما
 لو باع شيئاً واشترط أن يتفق به . ولنا ، الخبر الذي ذكره الإمام أحمد ، ولأن عمر

رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، لَمَّا وَقَفَ قَالَ : وَلَا بَأْسَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا ، أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقًا ،
 غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ فِيهِ ^(١) . وَكَانَ الْوَقْفُ فِي يَدِهِ إِلَى أَنْ مَاتَ . وَلِأَنَّهُ إِذَا وَقَفَ وَقَفَا عَامًّا ،
 كَالْمَسَاجِدِ ، وَالسَّقَايَاتِ ، وَالرَّبَاطَاتِ ، وَالْمَقَابِرِ ، كَانَ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ ، فَكَذَلِكَ
 هَهُنَا . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَشْتَرِطَ لِنَفْسِهِ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ مُدَّةَ حَيَاتِهِ ، أَوْ مُدَّةَ مَعْلُومَةٍ مُعَيَّنَةٍ ،
 ١٤٨/٥ ط وَسَوَاءٌ قَدَّرَ مَا يَأْكُلُ مِنْهُ ، أَوْ أَطْلَقَهُ / ؛ فَإِنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، لَمْ يُقَدِّرْ مَا يَأْكُلُ
 الْوَالِي وَيُطْعِمُ إِلَّا بِقَوْلِهِ : بِالْمَعْرُوفِ . وَفِي حَدِيثِ صَدَقَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، أَنَّهُ شَرَطَ
 أَنْ يَأْكُلَ أَهْلُهُ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ غَيْرِ الْمُنْكَرِ . إِلَّا أَنَّهُ إِذَا شَرَطَ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ مُدَّةَ مُعَيَّنَةٍ . فَمَاتَ
 فِيهَا ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لِوَرَثَتِهِ ، كَمَا لَوْ بَاعَ دَارًا وَاشْتَرَطَ أَنْ يَسْكُنَهَا سَنَةً ، فَمَاتَ
 فِي أَثْنَائِهَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يَأْكُلَ أَهْلُهُ مِنْهُ ، صَحَّ الْوَقْفُ وَالشَّرْطُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ شَرَطَ
 ذَلِكَ فِي صَدَقَتِهِ . وَإِنْ اشْتَرَطَ أَنْ يَأْكُلَ مَنْ وَلِيَهُ مِنْهُ ، وَيُطْعِمَ صَدِيقًا ، جَازَ ؛ لِأَنَّ عُمَرَ
 رَضِيَ اللهُ عَنْهُ شَرَطَ ذَلِكَ فِي صَدَقَتِهِ ، الَّتِي اسْتَشَارَ فِيهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَإِنْ وَلِيَهَا
 الْوَقِيفُ ، كَانَ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ وَيُطْعِمَ صَدِيقًا ؛ لِأَنَّ عُمَرَ وَلِيَ صَدَقَتَهُ . وَإِنْ وَلِيَهَا أَحَدٌ مِنْ
 أَهْلِهِ ، كَانَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ حَفْصَةَ بِنْتَ عُمَرَ كَانَتْ تَلِي صَدَقَتَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ ، ثُمَّ وَلِيَهَا بَعْدَهَا
 عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يَبِيعَهُ مَتَى شَاءَ ، أَوْ يَهَبَهُ ، أَوْ يَرْجِعَ فِيهِ ، لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ ،
 وَلَا الْوَقْفُ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْوَقْفِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَفْسُدَ
 الشَّرْطُ ، وَيَصِحَّ الْوَقْفُ ، بِنَاءً عَلَى الشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ فِي الْبَيْعِ . وَإِنْ شَرَطَ الْخِيَارَ فِي
 الْوَقْفِ ، فَسَدَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، فِي رِوَايَةٍ عَنْهُ :
 يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ تَمْلِيكُ الْمَنَافِعِ ، فَجَازَ شَرْطُ الْخِيَارِ فِيهِ ، كَالِإِجَارَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ

(١) تقدم في صفحة ١٨٤ .

شَرْطُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالْوِ شَرْطُ أَنْ لَهُ بَيْعُهُ مَتَى شَاءَ ، وَلَئِنَّهُ إِزَالَةُ يَمْلِكُ
لِلَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ يَصِحَّ اشْتِرَاؤُ الْخِيَارِ فِيهِ كَالْعِتْقِ ^(١) ، وَلَئِنَّهُ لَيْسَ بِعَقْدٍ مُعَاوَضَةٍ ، فَلَمْ
يَصِحَّ اشْتِرَاؤُ الْخِيَارِ فِيهِ ، كَالْهَبَةِ . وَيُفَارِقُ الْإِجَارَةَ ، فَإِنَّهَا عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، وَهِيَ نَوْعٌ
مِنَ الْبَيْعِ ، وَلِأَنَّ الْخِيَارَ إِذَا دَخَلَ فِي الْعَقْدِ ، مَنَعَ ثُبُوتَ حُكْمِهِ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْخِيَارِ أَوْ
التَّصَرُّفِ ، وَهَلْهُنَا لَوْ ثَبِتَ الْخِيَارُ ، لَثَبَّتْ مَعَ ثُبُوتِ حُكْمِ الْوَقْفِ ، وَلَمْ يَمْنَعِ
التَّصَرُّفُ ، فَافْتَرَقَا .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ فِي الْوَقْفِ أَنْ يُخْرِجَ مَنْ شَاءَ مِنْ أَهْلِ الْوَقْفِ ، وَيُدْخِلَ مَنْ شَاءَ
مِنْ غَيْرِهِمْ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْوَقْفِ ، فَافْسَدَهُ . كَالْوِ شَرْطُ أَنْ
لَا يُنْتَفَعَ بِهِ ^(٢) . وَإِنْ شَرَطَ لِلنَّاطِرِ أَنْ يُعْطَى مِنْ يَشَاءُ مِنْ أَهْلِ الْوَقْفِ ، وَيَحْرَمَ مَنْ
يَشَاءُ ، جَازَ / ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِإِخْرَاجٍ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ مِنَ الْوَقْفِ ، وَإِنَّمَا عُلِّقَ
اسْتِحْقَاقُ الْوَقْفِ بِصِفَةٍ ، فَكَأَنَّهُ جَعَلَ لَهُ حَقًّا فِي الْوَقْفِ ، إِذَا اتَّصَفَ بِإِرَادَةِ الْوَالِي
لِعَاطِيَتِهِ ^(٤) ، وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ حَقًّا إِذَا انْتَفَتْ تِلْكَ الصِّفَةُ فِيهِ ، فَأَشْبَهَهُ مَا لَوْ وَقَفَ عَلَى
الْمُسْتَعْلِينَ بِالْعِلْمِ ^(٥) مِنْ وَلَدِهِ ، فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ مِنْهُمْ مَنْ اشْتَغَلَ بِهِ دُونَ مَنْ لَمْ يَشْتَغِلْ ،
فَلَوْ تَرَكَ الْمُسْتَعْلَى الْاشْتِغَالَ زَالَ اسْتِحْقَاقُهُ ^(٦) ، وَإِذَا عَادَ إِلَيْهِ عَادَ اسْتِحْقَاقُهُ . وَاللَّهُ
أَعْلَمُ .

فصل : إِذَا جَعَلَ عُلُوَّ دَارِهِ مَسْجِدًا دُونَ سُفْلِهَا ، أَوْ سُفْلَهَا دُونَ عُلُوِّهَا ، صَحَّ ،
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ يَتَّبِعُهُ هَوَاؤُهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهَا ، كَذَلِكَ
يَصِحُّ ^(٧) وَقْفُهُ ، كَالدَّارِ جَمِيعِهَا ، وَلَئِنَّهُ تَصَرُّفٌ يَزِيلُ الْمِلْكَ إِلَى مَنْ يَثْبُتُ لَهُ حَقُّ
الاسْتِقْرَارِ وَالتَّصَرُّفِ ، فَجَازَ فِيمَا ذَكَرْنَا كَالْبَيْعِ .

(٢) فِي ب ، م : « كَالْعَقْدِ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « بَعْطِيَتِهِ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٦) فِي ب ، م : « الْاسْتِحْقَاقِ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « فَصَحَّ » .

فصل : وإن جعلَ وَسَطَ دارِهِ مَسْجِدًا ، ولم يَذْكُرِ الاسْتِطْرَاقَ ، صَحَّ ، وقال أبو حنيفة : لا يَصِحُّ حتى يَذْكُرَ الاسْتِطْرَاقَ . ولنا ، أَنَّهُ عَقْدٌ يُبِيحُ الِانْتِفَاعَ ، من ضُرُورَتِهِ الاسْتِطْرَاقُ ، فَصَحَّ ، وإن لم يَذْكُرِ الاسْتِطْرَاقَ ، كما لو أَجَرَ بَيْتًا من دارِهِ .

فصل : إذا وَقَفَ على نَفْسِهِ ، ثم على الْمَساكِينِ ، أو على وَلَدِهِ ، ففيهِ رِوَايتَانِ ؛ إحداهما ، لا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُ قال ، في رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ ، وقد سُئِلَ عن هذا ، فقال : لا أَعْرِفُ الْوَقْفَ إِلَّا ما أَخْرَجَهُ اللَّهُ ، ^(٨) وفي سَبِيلِ اللَّهِ ^(٩) ، فإذا وَقَفَهُ عليه حتى يَمُوتَ ، فلا أَعْرِفُهُ . فعلى هذه الرِّوَايَةِ يكونُ الْوَقْفُ عليه باطلًا . وهل يُنْطَلُ الْوَقْفُ على مَنْ بَعْدَهُ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بناءً على الْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ الْإِبْتِدَاءِ . وهذا مذهبُ الشافِعِيِّ ؛ لأنَّ الْوَقْفَ تَمْلِيكٌ لِلرَّقِيَّةِ وَالْمَنْفَعَةِ ^(٩) ، ولا يجوزُ أَنْ يُمْلِكَ الْإِنْسَانُ نَفْسَهُ من نَفْسِهِ ، كما لا يجوزُ أَنْ يَبِيعَ نَفْسَهُ مالَ نَفْسِهِ ، ولأنَّ الْوَقْفَ على نَفْسِهِ إِنَّمَا حاصِلُهُ مَنْعُ نَفْسِهِ التَّصَرُّفِ في رَقَبَةِ الْمِلْكِ ، فلم يَصَحَّ ذلك ، كما لو أفرَدَهُ بأن يقولَ : لا أَبِيعُ هذا ولا أَهْبُهُ ولا أُورِّثُهُ . ونَقَلَ جَماعَةٌ أَنَّ الْوَقْفَ صَحِيحٌ ، اختارَهُ ابنُ أَبِي موسى . قال ابنُ عَقِيلٍ : وهى أَصَحُّ . وهو قولُ ابنِ أَبِي لَيْلَى ، وابنِ شُبْرُمَةَ ، وأبى يوسُفَ ، وابنِ سُرَيجٍ ؛ لما ذَكَرْنَا فيما إذا اشْتَرَطَ أَنْ يَرْجِعَ إليه شَيْءٌ من مَنافِعِهِ ، ولأنَّهُ يَصِحُّ أَنْ يَقِفَ وَقْفًا عامًّا فَيَنْتَفِعَ بِهِ ، كذلك إذا حَصَصَ نَفْسَهُ بِانْتِفَاعِهِ ، والأوَّلُ أَقْبَسُ .

٩٢١ - مسألة ؛ / قال : (والْباقى عَلَى مَنْ وَقَفَ عَلَيْهِ وَأَوْلادِهِ الذُّكُورُ وَالْإِناثُ مِنْ أَوْلادِ الْبَيْنِ بَيْنَهُمْ بالسَّوِيَّةِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْواقِفُ فَضَّلَ بَعْضَهُمْ)
في هذه المسألة فصولٌ أَرْبَعَةٌ :

(٨ - ٨) في الأصل : « أو سبله » .

(٩) في الأصل : « أو للمنفعة » .

الأول : أَنَّهُ إِذَا وَقَفَ عَلَى قَوْمٍ وَأَوْلَادِهِمْ وَعَقِبِهِمْ وَنَسْلِهِمْ ، كَانَ الْوَقْفُ بَيْنَ الْقَوْمِ وَأَوْلَادِهِمْ ، وَمَنْ حَدَّثَ مِنْ نَسْلِهِمْ ، عَلَى سَبِيلِ الْإِشْتِرَاكِ ، إِنْ لَمْ تَقْتَرِنْ بِهِ قَرِينَةٌ تَقْتَضِي تَرْتِيبًا ؛ لِأَنَّ الْوَاوَ تَقْتَضِي الْإِشْتِرَاكَ ، فَإِذَا اجْتَمَعُوا اشْتَرَكُوا ، وَلَمْ يُقَدِّمْ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ ، وَيُشَارِكُ الْآخِرُ الْأَوَّلَ ، وَإِنْ كَانَ مِنَ الْبَطْنِ الْعَاشِرِ ، وَإِذَا حَدَّثَ حَمَلٌ لَمْ يُشَارِكْ حَتَّى يَنْفَصِلَ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَكُونَ حَمَلًا ، فَلَا يَثْبُتُ لَهُ حُكْمُ الْوَلَدِ قَبْلَ انْفِصَالِهِ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ . أَوْ قَالَ : عَلَى وَلَدِي ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ . أَوْ عَلَى وَلَدِ فُلَانٍ ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ . فَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَكُونُ وَقْفًا عَلَى أَوْلَادِهِ ، وَأَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ، مِنَ الْأَوْلَادِ الْبَيْنِ ، مَا لَمْ تَكُنْ قَرِينَةٌ تَصْرِفُ عَنْ ذَلِكَ . قَالَ الْمَرْوُذِيُّ : قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : مَا تَقُولُ فِي رَجُلٍ وَقَفَ ضَيْعَةً عَلَى وَلَدِهِ ، فَمَاتَ الْأَوْلَادُ ، وَتَرَكَوا الثُّنُوءَ حَوَامِلَ ؟ فَقَالَ : كُلُّ مَا كَانَ مِنْ أَوْلَادِ الذُّكُورِ ، بَنَاتٍ كُنَّ أَوْ بَنِينَ ، فَالضَّيْعَةُ مَوْقُوفَةٌ عَلَيْهِمْ ، وَمَا كَانَ مِنْ أَوْلَادِ الْبَنَاتِ ، فَلَيْسَ لَهُمْ فِيهِ ^(١) شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُمْ مِنْ رَجُلٍ آخَرَ . وَقَالَ أَيْضًا فِي مَنْ وَقَفَ عَلَى وَلَدٍ عَلَى بَنٍ إِسْمَاعِيلَ ، وَلَمْ يَقُلْ : إِنْ مَاتَ وَلَدٌ ^(٢) عَلَى بَنٍ إِسْمَاعِيلَ دُفِعَ إِلَى وَلَدِ وَلَدِهِ ، فَمَاتَ وَلَدٌ عَلَى بَنٍ إِسْمَاعِيلَ : دُفِعَ إِلَى وَلَدِهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنْ وَلَدِ عَلَى بَنٍ إِسْمَاعِيلَ . وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى ﴾ ^(٣) . فَدَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَيْنِ وَإِنْ سَقَلُوا . وَلَمَّا قَالَ : ﴿ وَلَا بَوْنَهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ ﴾ ^(٤) . فَتَنَاولَ وَلَدُ الْبَيْنِ ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَوْضِعٍ ذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَى الْوَلَدَ دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَيْنِ ، فَالْمُطْلَقُ مِنْ كَلَامِ الْآدَمِيِّ إِذَا خَلَا عَنْ قَرِينَةٍ ، يَنْبَغِي أَنْ يُحْمَلَ عَلَى الْمُطْلَقِ مِنْ كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى ، وَيُفَسَّرُ بِمَا يُفَسَّرُ بِهِ . وَلِأَنَّ وَلَدَ وَلَدِهِ وَلَدٌ

(١) فِي الْأَصْلِ : « مِنْهُ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) سُورَةُ النِّسَاءِ ١١ .

له ، بِدَلِيلِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يَا بَنِي آدَمَ ﴾ و ﴿ وَيَا بَنِي إِسْرَائِيلَ ﴾ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « ارْمُوا بَنِي إِسْمَاعِيلَ ، فَإِنَّ أَبَاكُمْ كَانَ رَامِيًا »^(٤) . وَقَالَ : « نَحْنُ بَنُو النَّضْرِ ابْنِ كِنَانَةَ »^(٥) . وَالْقَبَائِلُ كُلُّهَا تُنْسَبُ إِلَى جُدُودِهَا . وَلَئِنَّهُ لَوْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِ فُلَانٍ ، وَهُمْ قَبِيلَةٌ ، دَخَلَ فِيهِ / وَلَدُ الْبَيْنِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُونُوا قَبِيلَةً . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُهُ : لَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْوَلَدِ بِحَالٍ ، سِوَاءٍ فِي ذَلِكَ وَلَدُ الْبَيْنِ وَلَدُ الْبَنَاتِ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ حَقِيقَةً وَعُرْفًا إِنَّمَا هُوَ وَلَدُهُ لِصُلْبِهِ ، وَإِنَّمَا يُسَمَّى وَلَدُ الْوَلَدِ وَلَدًا بِحِجَازٍ ، وَلِهَذَا يَصِحُّ نَفْيُهُ ، فَيُقَالُ : مَا هَذَا وَلَدِي ، إِنَّمَا هُوَ وَلَدُ وَلَدِي . وَإِنْ قَالَ : عَلَى وَلَدِي لِصُلْبِي . فَهُوَ آكَدٌ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى وَلَدِي ، وَوَلَدُ وَلَدِي ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ . دَخَلَ فِيهِ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ وَالثَانِي ، وَلَمْ يَدْخُلْ فِيهِ الْبَطْنُ الثَّالِثُ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى وَلَدِي ، وَوَلَدُ وَلَدِي ، وَوَلَدُ وَلَدِ وَلَدِي . دَخَلَ فِيهِ ثَلَاثَةُ بَطْنُونَ دُونَ مَنْ بَعْدَهُمْ . وَمَوْضِعُ الْخِلَافِ الْمُطْلَقِ ، فَأَمَّا مَعَ وُجُودِ دَلَالَةٍ تُصَرِّفُ إِلَى أَحَدِ الْمُحْمَلَيْنِ ، فَإِنَّهُ يُصَرِّفُ إِلَيْهِ بِغَيْرِ خِلَافٍ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : عَلَى وَلَدِ فُلَانٍ . وَهُمْ قَبِيلَةٌ لَيْسَ فِيهِمْ وَلَدٌ مِنْ صُلْبِهِ ، فَإِنَّهُ يُصَرِّفُ إِلَى أَوْلَادِ الْأَوْلَادِ بِغَيْرِ خِلَافٍ . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي ، أَوْ وَلَدِي . وَلَيْسَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ صُلْبِهِ . أَوْ قَالَ : وَيُفْضَلُ وَلَدُ الْأَكْبَرِ أَوْ الْأَعْلَمِ عَلَى غَيْرِهِمْ . أَوْ قَالَ : فَإِذَا خَلَّتِ الْأَرْضُ مِنْ عَقِبِي عَادَ إِلَى الْمَسَاكِينِ . أَوْ قَالَ : عَلَى وَلَدِي غَيْرَ وَلَدِ الْبَنَاتِ . أَوْ غَيْرَ وَلَدِ فُلَانٍ . أَوْ قَالَ : يُفْضَلُ الْبَطْنُ الْأَعْلَى عَلَى الثَّانِي . أَوْ قَالَ : الْأَعْلَى فَالْأَعْلَى . وَأَشْبَاهُ ذَلِكَ ، فَهَذَا يُصَرِّفُ لَفْظُهُ إِلَى جَمِيعِ نَسْلِهِ وَعَاقِبَتِهِ . وَإِنْ اقْتَرَنْتَ بِهِ قَرِينَةٌ تُقْضِي تَخْصِيصَ أَوْلَادِهِ لِصُلْبِهِ بِالْوَقْفِ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : عَلَى وَلَدِي لِصُلْبِي . أَوْ الَّذِينَ يَلُونِي . وَنَحْوُ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْبَطْنِ الْأَوَّلِ دُونَ غَيْرِهِمْ . وَإِذَا قُلْنَا بِالتَّعْمِيمِ فِيهِمْ ،

و ١٥٠/٥

(٤) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ التَّحْرِيطِ عَلَى الرَّمْيِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ ، وَفِي : بَابِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : وَادْكُرْ فِي الْكِتَابِ إِسْمَاعِيلَ ... ، مِنْ كِتَابِ الْأَنْبِيَاءِ ، وَفِي : بَابِ نِسْبَةِ الْبَيْنِ إِلَى إِسْمَاعِيلَ ، مِنْ كِتَابِ الْمُنَاقِبِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٤/٤٥ ، ١٧٩ ، ٢١٩ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ الرَّمْيِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٩٤١/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١/٣٦٤ ، ٥٠/٤ .

(٥) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ مَنْ نَفَى رَجُلًا مِنْ قَبِيلَةٍ ، مِنْ كِتَابِ الْحُدُودِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٨٧١/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢/٨٧١ .

إِمَّا لِلْقَرِينَةِ ، وَإِمَّا لِقَوْلِنَا بِأَنَّ الْمُطْلَقَ يَقْتَضِي التَّعْمِيمَ وَلَمْ يَكُنْ فِي لَفْظِهِ مَا يَقْتَضِي تَشْرِيكَاً
وَلَا تَرْتِيباً ، اِحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمْ كُلُّهُمْ عَلَى التَّشْرِيكِ ، لِأَنَّهُمْ دَخَلُوا فِي اللَّفْظِ دُخُولاً
وَاحِداً ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمْ مُشْتَرَكاً ، كَالْوَأَقَرِّهِمْ بِدَيْنٍ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ عَلَى
التَّرْتِيبِ ، عَلَى حَسَبِ التَّرْتِيبِ فِي الْمِيرَاثِ . وَهَذَا ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لِقَوْلِهِ فِي مَنْ
وَقَفَ عَلَى وَلَدٍ عَلَى بْنِ إِسْمَاعِيلَ ، وَلَمْ يَقُلْ : إِنْ مَاتَ وَلَدُ عَلَى بْنِ إِسْمَاعِيلَ دُفِعَ إِلَى وَلَدِ
وَلَدِهِ . فَمَاتَ وَلَدُ عَلَى بْنِ إِسْمَاعِيلَ ، وَتَرَكَ وَلَداً ، فَقَالَ : إِنْ مَاتَ بَعْضُ وَلَدِ عَلَى بْنِ
إِسْمَاعِيلَ دُفِعَ إِلَى وَلَدِهِ أَيْضاً ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنْ وَلَدِ عَلَى بْنِ إِسْمَاعِيلَ . فَجَعَلَهُ لَوْلَدٍ مِنْ مَاتَ
مِنْ وَلَدِ عَلَى بْنِ إِسْمَاعِيلَ عِنْدَ مَوْتِ أَبِيهِ ، وَذَلِكَ أَنَّ وَلَدَ الْبَيْنِ لَمَّا دَخَلُوا فِي / قَوْلِ اللَّهِ
تَعَالَى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ . وَلَمْ يَسْتَحَقِّ وَلَدُ
الْبَيْنِ شَيْئاً مَعَ وُجُودِ آبَائِهِمْ ، وَاسْتَحَقُّوا عِنْدَ فَقْدِهِمْ ، كَذَا هُنَا . فَأَمَّا إِنْ وَصَّى لَوْلَدِ
فُلَانٍ ، وَهُمْ قَبِيلَةٌ ، فَلَا تَرْتِيبَ فِيهِ ، وَيَسْتَحَقُّ الْأَعْلَى وَالْأَسْفَلُ عَلَى كُلِّ حَالٍ .

١٥٠/٥ ط

فصل : وَإِنْ رَتَّبَ فَقَالَ : وَقَفْتُ هَذَا عَلَى وَلَدِي ، وَوَلَدِ وَلَدِي ، مَا تَنَاسَلُوا
وَتَعَاقَبُوا ، الْأَعْلَى فَالْأَعْلَى ، أَوِ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ ، أَوِ الْأَوَّلُ فَالْأَوَّلُ ، أَوِ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ
ثُمَّ الْبَطْنُ الثَّانِي ، أَوْ عَلَى أَوْلَادِي ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي ، أَوْ عَلَى أَوْلَادِي ، فَإِنْ انْقَرَضُوا
فَعَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي . فَكُلُّ هَذَا عَلَى التَّرْتِيبِ ، فَيَكُونُ عَلَى مَا شَرَطَ ، وَلَا يَسْتَحَقُّ الْبَطْنُ
الثَّانِي شَيْئاً حَتَّى يَنْقَرِضَ الْبَطْنُ كُلُّهُ . وَلَوْ بَقِيَ وَاحِدٌ مِنَ الْبَطْنِ الْأَوَّلِ ، كَانَ الْجَمِيعُ
لَهُ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ ثَبَتَ بِقَوْلِهِ ، فَيَتَّبَعُ فِيهِ مُقْتَضَى كَلَامِهِ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي ،
وَأَوْلَادِهِمْ مَا تَعَاقَبُوا وَتَنَاسَلُوا ، عَلَى أَنَّهُ مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ عَلَى وَلَدٍ كَانَ مَا كَانَ جَارِياً عَلَيْهِ
جَارِياً عَلَى وَلَدِهِ . كَانَ ذَلِكَ دَلِيلًا عَلَى التَّرْتِيبِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ اقْتَضَى التَّشْرِيكَ لَاقْتَضَى
التَّسْوِيَةَ ، وَلَوْ جَعَلْنَا لَوْلَدِ الْوَلَدِ سَهْماً مِثْلَ سَهْمِ أَبِيهِ ، ثُمَّ دَفَعْنَا إِلَيْهِ سَهْمَ أَبِيهِ ، صَارَ
لَهُ سَهْمَانِ ، وَلِغَيْرِهِ سَهْمٌ ، وَهَذَا يُنَافِي التَّسْوِيَةَ ، وَلِأَنَّهُ يُفْضِي إِلَى تَفْضِيلِ وَلَدِ الْإِبْنِ
عَلَى الْإِبْنِ ، وَالظَّاهِرُ مِنْ إِرَادَةِ الْوَاقِفِ خِلَافَ هَذَا . فَإِذَا ثَبَتَ التَّرْتِيبُ فَإِنَّهُ يَتَرْتَّبُ بَيْنَ

كل وَاِلِدٍ^(٦) وَوَلَدِهِ ، فَاِذَا مَاتَ عَنْ وَلَدٍ اُنْتَقَلَ اِلَى وَلَدِهِ سَهْمُهُ ، سِوَاءَ بَقِيَ مِنَ الْبَطْنِ الْاَوَّلِ اَحَدًا اَوْ لَمْ يَبْقَ .

فصل : وَاِنْ رَتَّبَ بَعْضُهُمْ دُونَ بَعْضٍ ، فَقَالَ : وَقَفْتُ عَلَى وَلَدِي ، وَوَلَدِ وَلَدِي ، ثُمَّ عَلَى اَوَّلَادِهِمْ . اَوْ عَلَى اَوَّلَادِي ، ثُمَّ عَلَى اَوَّلَادِ اَوَّلَادِي وَاَوَّلَادِهِمْ ، مَا تَنَاسَلُوا وَتَعَاقَبُوا . اَوْ قَالَ : عَلَى اَوَّلَادِي وَاَوَّلَادِ اَوَّلَادِي ، ثُمَّ عَلَى اَوَّلَادِهِمْ وَاَوَّلَادِ اَوَّلَادِهِمْ ، مَا تَنَاسَلُوا . فَهُوَ عَلَى مَا قَالَ ، يَشْتَرِكُ مِنْ شَرَكٍ بَيْنَهُم بِالْوَاوِ الْمُقْتَضِيَةِ لِلْجَمْعِ وَالتَّشْرِيكِ ، وَيَتَرْتَّبُ^(٧) مِنْ رَتْبُهُ بِحَرْفِ التَّرتِيبِ . فَفِي الْمَسْأَلَةِ الْاُولَى يَشْتَرِكُ الْوَلَدُ وَوَلَدُ الْوَلَدِ ، ثُمَّ اِذَا اِنْقَرَضُوا صَارَ^(٨) لِمَنْ بَعْدَهُمْ . وَفِي الثَّانِيَةِ يَخْتَصُّ بِهِ الْوَلَدُ ، فَاِذَا اِنْقَرَضُوا صَارَ^(٩) مُشْتَرَكًا بَيْنَ مَنْ بَعْدَهُمْ . وَفِي الثَّالِثَةِ يَشْتَرِكُ فِيهِ الْبَطْنَانِ الْاَوَّلَانِ دُونَ غَيْرِهِمْ ، فَاِذَا اِنْقَرَضُوا اشْتَرَكَ فِيهِ مَنْ بَعْدَهُمْ .

فصل : وَاِنْ قَالَ : وَقَفْتُ عَلَى اَوَّلَادِي ، ثُمَّ عَلَى اَوَّلَادِ اَوَّلَادِي ، / عَلَى اَنَّهُ مِنْ مَاتَ مِنْ اَوَّلَادِي عَنْ وَلَدٍ ، فَنَصِيْبُهُ لَوَلَدِهِ ، اَوْ فَتَصِيْبُهُ لِاُخُوْتِهِ ، اَوْ لَوَلَدِ وَلَدِهِ ، اَوْ لَوَلَدِ اُخِيهِ ، اَوْ لِاُخُوَاتِهِ ، اَوْ لَوَلَدِ اُخُوَاتِهِ . فَهُوَ عَلَى مَا شَرَطَهُ . وَاِنْ قَالَ : مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ عَنْ وَلَدٍ ، فَنَصِيْبُهُ لَوَلَدِهِ ، وَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، فَنَصِيْبُهُ لِأَهْلِ الْوَقْفِ . وَكَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ بَنِينَ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمْ عَنْ ابْنَيْنِ ، اُنْتَقَلَ نَصِيْبُهُ إِلَيْهِمَا ، ثُمَّ مَاتَ الثَّانِي عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، فَنَصِيْبُهُ^(٩) لِأُخِيهِ وَابْنِي أُخِيهِ بِالسُّوِّيَّةِ ؛ لِأَنَّهُمْ أَهْلُ الْوَقْفِ . ثُمَّ إِنْ مَاتَ أَحَدُ ابْنَيْ الْاَبْنِ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، اُنْتَقَلَ نَصِيْبُهُ إِلَى أُخِيهِ وَعَمِّهِ ؛ لِأَنَّهُمَا أَهْلُ الْوَقْفِ . وَلَوْ مَاتَ أَحَدُ الْبَنِينَ الثَّلَاثَةِ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، وَخَلَفَ^(١٠) أَخُوَيْهِ وَابْنِي^(١١) أَخِي لَهُ ، فَنَصِيْبُهُ لِأُخُوَيْهِ^(١١)

و ١٥١/٥

(٦) فِي م : « وَلَدٍ » .

(٧) فِي م : « وَتَرْتِيبٍ » .

(٨ - ٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظَرَ .

(٩) تَكَرَّرَ بَعْدَ هَذَا فِي م قَوْلُهُ : « لِأَهْلِ الْوَقْفِ وَكَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ بَنِينَ فَمَاتَ أَحَدُهُمْ عَنْ ابْنَيْنِ اُنْتَقَلَ نَصِيْبُهُ إِلَيْهِمَا ثُمَّ مَاتَ

الثَّانِي عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ فَنَصِيْبُهُ » السَّابِقِ .

(١٠ - ١٠) فِي الْأَصْلِ : « لِإُخُوْتِهِ وَبَنِي » .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « لِأُخُوْتِهِ » .

دون ابْنِي أَخِيهِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ الْوَقْفِ مَا دَامَ أَبُوهُمَا حَيًّا ، فَإِذَا مَاتَ أَبُوهُمَا ، صَارَ نَصِيبُهُ لهما . فَإِذَا مَاتَ الثَّالِثُ ، كَانَ نَصِيبُهُ لِابْنِي أَخِيهِ بِالسَّوِيَّةِ ، إِنْ لَمْ يُخْلَفْ وَلَدًا ، وَإِنْ خُلِفَ ابْنًا وَاحِدًا ، فَلَهُ نَصِيبُ أَبِيهِ ، وَهُوَ النِّصْفُ ، وَلِابْنِي عَمِّهِ النِّصْفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ الرَّبْعُ . وَإِنْ قَالَ : مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ عَنْ (١٢) غَيْرِ وَلَدٍ ، كَانَ مَا كَانَ جَارِيًا عَلَيْهِ جَارِيًا عَلَى مَنْ هُوَ فِي دَرَجَتِهِ ، فَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ (١٣) مُرْتَبًا بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ ، كَانَ نَصِيبُ الْمَيِّتِ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ لِأَهْلِ الْبَطْنِ الَّذِي هُوَ مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَ مُشْتَرَكًا بَيْنَ الْبُطُونِ كُلِّهَا ، احْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ نَصِيبُهُ بَيْنَ أَهْلِ الْوَقْفِ كُلِّهِمْ ؛ لِأَنَّهُمْ فِي اسْتِحْقَاقِ الْوَقْفِ سَوَاءٌ ، فَكَانُوا فِي دَرَجَتِهِ مِنْ هَذِهِ الْجِهَةِ ، وَلَأَنَّا لَوْ صَرَفْنَا نَصِيبَهُ إِلَى بَعْضِهِمْ ، أَفْضَى إِلَى تَفْضِيلِ بَعْضِهِمْ ، وَالتَّشْرِيكَ يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ . فَعَلَى هَذَا يَكُونُ وُجُودُ هَذَا الشَّرْطِ كَعَدَمِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ سَكَتَ عَنْهُ ، كَانَ الْحُكْمُ فِيهِ كَذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعُودَ نَصِيبُهُ إِلَى سَائِرِ أَهْلِ الْبَطْنِ الَّذِي هُوَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُمْ فِي دَرَجَتِهِ فِي الْقُرْبِ إِلَى الْجَدِّ الَّذِي يَجْمَعُهُمْ ، وَيَسْتَوِي فِي ذَلِكَ إِخْوَتُهُ وَبَنُو عَمِّهِ وَبَنُو بَنِي عَمِّ أَبِيهِ ؛ لِأَنَّهُمْ سَوَاءٌ فِي الْقُرْبِ ، وَلَأَنَّا لَوْ شَرَكْنَا بَيْنَ أَهْلِ الْوَقْفِ كُلِّهِمْ فِي نَصِيبِهِ ، لَمْ يَكُنْ فِي هَذَا الشَّرْطِ فَائِدَةٌ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ قَصَدَ شَيْئًا يُفِيدُ . فَعَلَى هَذَا إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي دَرَجَتِهِ أَحَدٌ ، بَطَلَ هَذَا الشَّرْطُ ، وَكَانَ الْحُكْمُ فِيهِ كَالَوْ لَمْ يَذْكُرْهُ . وَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْبَطْنِ الْأَوَّلِ ، عَلَى أَنَّهُ مِنْ مَاتَ مِنْهُمْ عَنْ وَلَدٍ انْتَقَلَ نَصِيبُهُ إِلَى وَلَدِهِ ، وَمَنْ مَاتَ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ انْتَقَلَ نَصِيبُهُ إِلَى مَنْ فِي دَرَجَتِهِ ، فَبِهِ ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ نَصِيبُهُ بَيْنَ أَهْلِ الْوَقْفِ كُلِّهِمْ ، يَتَسَاوُونَ فِيهِ / ، ١٥١/٥ ظ سَوَاءً كَانُوا (١٤) مِنْ بَطْنٍ وَاحِدٍ أَوْ مِنْ بُطُونٍ ، وَسَوَاءً تَسَاوَتْ أَنْصِبَاؤُهُمْ فِي الْوَقْفِ ، أَوْ اخْتَلَفَتْ ؛ لِمَا ذَكَّرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَالثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ لِأَهْلِ بَطْنٍ (١٥) ، سَوَاءً كَانُوا مِنْ أَهْلِ

(١٢) فِي م : « مِنْ » .

(١٣) فِي م : « الْوَاقِف » .

(١٤) فِي م : « كَانَ » .

(١٥) فِي م : « بَطْنِهِ » .

الْوَقْفِ أَوْ لَمْ يَكُونُوا ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ ثَلَاثَةً ، فَمَاتَ أَحَدُهُمْ عَنْ ابْنِ ، ثُمَّ مَاتَ الثَّانِي عَنْ ابْنَيْنِ ، فَمَاتَ أَحَدُ الْابْنَيْنِ ، وَتَرَكَ أَخَاهُ وَعَمَّهُ وَابْنَ عَمِّهِ وَابْنًا لِعَمِّهِ الْحَيِّ ، فَيَكُونُ نَصِيبُهُ بَيْنَ أَخِيهِ وَابْنَتِي عَمِّهِ . وَالثَّالِثُ ، أَنْ يَكُونَ لِأَهْلِ بَطْنِهِ مِنْ أَهْلِ الْوَقْفِ ، فَيَكُونُ نَصِيبُهُ عَلَى هَذَا لِأَخِيهِ وَابْنِ عَمِّهِ الَّذِي مَاتَ أَبُوهُ ، فَإِنْ كَانَ فِي دَرَجَتِهِ فِي النَّسَبِ مَنْ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْاسْتِحْقَاقِ بِحَالٍ ، كَرَجُلٍ لَهُ أَرْبَعَةُ بَنِينَ ، وَقَفَّ عَلَى ثَلَاثَةٍ مِنْهُمْ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ ، وَتَرَكَ الرَّابِعَ ، فَمَاتَ أَحَدُ الثَّلَاثَةِ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، لَمْ يَكُنْ لِلرَّابِعِ فِيهِ شَيْءٌ ، لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْاسْتِحْقَاقِ ، فَأَشْبَهَ ابْنَ (١٦) عَمَّهُمْ .

فصل : وَإِنْ وَقَفَّ عَلَى بَنِيهِ وَهُمْ ثَلَاثَةٌ ، عَلَى أَنَّ مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ (١٧) مِنْ فُلَانٍ وَفُلَانٍ وَأَوْلَادِهِمْ عَنْ وَلَدٍ فَنَصِيبُهُ لَوَلَدِهِ ، وَإِنْ مَاتَ فُلَانٌ فَنَصِيبُهُ لِأَهْلِ الْوَقْفِ . فَهُوَ عَلَى مَا شَرَطَ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ لَهُ بَنُونَ وَبَنَاتٌ ، فَقَالَ : مَنْ مَاتَ مِنَ الذُّكُورِ فَنَصِيبُهُ لَوَلَدِهِ ، وَمَنْ مَاتَ مِنَ الْبَنَاتِ فَنَصِيبُهَا لِأَهْلِ الْوَقْفِ . فَهُوَ عَلَى مَا قَالَ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي ، عَلَى أَنْ يُصَرَّفَ إِلَى الْبَنَاتِ مِنْهُ أَلْفٌ ، وَالباقى لِلْبَنِينَ . لَمْ يَسْتَحِقَّ الْبَنُونَ شَيْئًا حَتَّى تَسْتَوْفَى الْبَنَاتُ الْأَلْفَ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ لِلْبَنَاتِ مُسَمًّى ، وَجَعَلَ لِلْبَنِينَ الْفَاضِلَ عَنْهُ ، فَكَانَ الْحُكْمُ فِيهِ عَلَى مَا قَالَ ، فَجَعَلَ الْبَنَاتُ كَذَوِي الْفُرُوضِ الَّذِينَ سَمَّى اللَّهُ لَهُمْ قَرْضًا ، وَجَعَلَ الْبَنِينَ كَالْعَصَبَاتِ الَّذِينَ لَا يَسْتَحِقُّونَ إِلَّا مَا فَضَّلَ عَنْ ذَوِي الْفُرُوضِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ بَنِينَ فَقَالَ : وَقَفْتُ عَلَى وَلَدِي فُلَانٍ وَفُلَانٍ ، وَعَلَى وَلَدِي وَلَدِي . كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْابْنَيْنِ الْمُسَمَّيْنِ ، وَعَلَى أَوْلَادِهِمَا ، وَأَوْلَادِ الثَّلَاثِ ، وَلَيْسَ لِلثَّلَاثِ شَيْءٌ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَدْخُلُ الثَّلَاثُ فِي الْوَقْفِ . وَذَكَرَ أَنَّ أَحْمَدَ قَالَ فِي رَجُلٍ قَالَ : وَقَفْتُ هَذِهِ الضَّيْعَةَ عَلَى وَلَدِي فُلَانٍ وَفُلَانٍ ، وَعَلَى وَلَدِي وَلَدِي . وَلَهُ وَلَدٌ غَيْرُ

(١٦) فِي الْأَصْلِ : بَنِي .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : م .

هؤلاء ، قال : يَشْتَرِكُونَ فِي الْوَقْفِ . واحتجَّ القاضي بأنَّ قوله : وَلَدِي . يَسْتَعْرِقُ
الْجِنْسَ ، فَيَعُمُّ الْجَمِيعَ ، وقوله : فلان وفلان . تَأْكِيدٌ لِبَعْضِهِمْ ، فلا يُوجِبُ إِخْرَاجَ
بَقِيَّتِهِمْ ، كَالْعَطْفِ فِي قوله تعالى : ﴿ مَن كَانَ عَدُوًّا لِلَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ
وَمِيكَالَ ﴾ (١٨) . ولنا ، أَنَّهُ أَبْدَلَ بَعْضَ / الْوَلَدِ مِنَ اللَّفْظِ الْمُتَنَوِّلِ لِلْجَمِيعِ ، فاختصَّ
بالبعضِ الْمُبْدَلُ ، كما لو قال : على وَلَدِي فلان . وذلك لِأَنَّ بَدَلَ البعضِ يُوجِبُ
اِخْتِصَاصَ الْحُكْمِ بِهِ ، كقول الله تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ
إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ (١٩) . لما خَصَّ الْمُسْتَطِيعَ بِالذِّكْرِ ، اِخْتَصَّ الْوُجُوبُ بِهِ . ولو قال :
ضَرَبْتُ زَيْدًا رَأْسَهُ . ورَأَيْتُ زَيْدًا وَجْهَهُ . اِخْتَصَّ الضَّرْبُ بِالرَّأْسِ ، والرُّؤْيُ بِالْوَجْهِ .
ومنه قول الله تعالى : ﴿ وَيَجْعَلُ الْخَبِيثَ بَعْضُهُ عَلَى بَعْضٍ ﴾ (٢٠) . وقول القائل :
طَرَحْتُ الثِّيَابَ بَعْضُهَا فَوْقَ بَعْضٍ . فَإِنَّ الْفَوْقِيَّةَ تَخْتَصُّ بِالْبَعْضِ مَعَ عُمُومِ اللَّفْظِ
الْأَوَّلِ . كذا هُنا . وفارقَ الْعَطْفَ ، فَإِنَّ عَطْفَ الْخَاصِّ عَلَى الْعَامِّ يَقْتَضِي تَأْكِيدَهُ ،
لَا تَخْصِيصَهُ . وقول أحمد : هم شُرَكَاءُ . يَحْتَمِلُ أَنْ يَعُودَ إِلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ، أَيْ يَشْتَرِكُ
أَوْلَادُ الْمَوْفُوفِ عَلَيْهِمَا (٢١) وَأَوْلَادُ غَيْرِهِمْ ؛ لِعُمُومِ لَفْظِ الْوَاقِفِ فِيهِمْ ، وَيَتَعَيَّنُ حَمْلُ
كَلَامِهِ عَلَيْهِ ، لِإِقْيَامِ الدَّلِيلِ عَلَيْهِ . ولو قال : على وَلَدِي فلان وفلان ، ثم على
الْمَسَاكِينِ . خُرُجٌ فِيهِ مِنَ الْخِلَافِ مِثْلُ مَا ذَكَرْنَا . وَيَحْتَمِلُ (٢٢) عَلَى قَوْلِ الْقَاضِي (٢٢)
أَنْ يَدْخُلَ فِي الْوَقْفِ وَلَدُ وَلَدِهِ ؛ لِأَنَّا قَدْ ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلِ أَنْ ظَاهِرَ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّ قَوْلَهُ :
وَقَفْتُ عَلَى وَلَدِي . يَتَنَاوَلُ نَسْلَهُ وَعَاقِبَتَهُ كُلَّهَا .

فصل : ومن وَقَفَ عَلَى (٢٣) أَوْلَادِهِ أَوْ أَوْلَادِ غَيْرِهِ (٢٣) ، وفيهم حَمْلٌ ، لم يَسْتَحِقِّ

(١٨) سورة البقرة ٩٨ .

(١٩) سورة آل عمران ٩٧ .

(٢٠) سورة الأنفال ٣٧ .

(٢١) في الأصل : « عليهم » .

(٢٢) (٢٢ - ٢٢) سقط من : م .

(٢٣ - ٢٣) في الأصل : « أولاد وأولاد غيره » . وفي م : « أولاد وأولاد غيره » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

شيئاً قبل انفصاله ؛ لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله . قال أحمد ، في رواية جعفر بن محمد ، في من وقف نخلاً على قوم ، وما توالدوا ، ثم ولد مولود : فإن كانت النخل قد أبرت ، فليس له فيه شيء ، وهو للأول ، وإن لم تكن قد أبرت ، فهو معهم . وإنما قال ذلك لأنها قبل التأخير تتبع الأصل في البيع ، وهذا المولود^(٢٤) يستحق نصيبه من الأصل فيتبعه حصته من الثمرة ، كما لو اشترى ذلك النصيب من الأصل ، وبعد التأخير لا تتبع الأصل ، ويستحقها من كان له الأصل ، فكانت للأول ؛ لأن الأصل كان كله له ، فاستحق ثمرته ، كما لو باع هذا النصيب منها ، ولم يستحق المولود منها شيئاً كالمشتري . وهكذا الحكم في سائر ثمر الشجر الظاهر ، فإن المولود لا يستحق منه شيئاً ، ويستحق مما^(٢٥) ظهر بعد ولادته . وإن كان الوقف أرضاً فيها زرع يستحقه البائع ، فهو للأول . وإن كان مما يستحقه المشتري ، فلمولود حصته منه ؛ لأن المولود يتجدد استحقاقه للأصل ، كتجدد ملك المشتري فيه .

١٥٢/٥ ط **الفصل الثاني :** إذا وقف على قوم ، / وأولادهم ، وعاقبتهم ، ونسلهم . دخل في الوقف ولد البنين ، بغير خلاف نعلمه ، فأما ولد البنات ، فقال الخرقي : لا يدخلون فيه . وقد قال أحمد ، في من وقف على ولده : ما كان من ولد البنات فليس لهم فيه شيء . فهذا النص يحتمل أن يعدى إلى هذه المسألة ، ويحتمل أن يكون مقصوراً على من وقف على ولده ولم يذكر ولد ولده . وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم . وممن قال إنه^(٢٦) لا يدخل ولد البنات في الوقف الذي على أولاده وأولاد أولاده ، مالك ، ومحمد بن الحسن . وهكذا إذا قال : على ذريتهم ونسلهم . وقال أبو بكر ، وعبد الله ابن حامد : يدخل فيه ولد البنات . وهو مذهب الشافعي ، وأبي يوسف ؛ لأن البنات أولاده ،^(٢٧) فأولادهن أولاد الأولاد^(٢٨) حقيقة ، فيجب أن يدخلوا في

(٢٤) في الأصل : « الموجود » .

(٢٥) في الأصل : « ما » .

(٢٦) سقط من : م .

(٢٧ - ٢٨) في : م . « وأولادهن أولاد » .

الْوَقْفِ ، لِنَتَأَوَّلَ اللَّفْظَ لَهُمْ ، وَقَدْ دَلَّ عَلَى صِحَّةِ هَذَا قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَنُوحًا هَدَيْنَا مِنْ قَبْلُ وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ ﴾ إِلَى قَوْلِهِ : ﴿ وَعِيسَى ﴾ (٢٨) . وهو من وَلَدِ بَنِيهِ ، فَجَعَلَهُ مِنْ ذُرِّيَّتِهِ ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَى قِصَّةَ عِيسَى وَإِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَإِسْمَاعِيلَ وَإِدْرِيسَ ، ثُمَّ قَالَ : ﴿ أُولَئِكَ الَّذِينَ أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ مِنَ النَّبِيِّينَ مِنْ ذُرِّيَةِ آدَمَ وَمِمَّنْ حَمَلْنَا مَعَ نُوحٍ وَمِنْ ذُرِّيَةِ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْرَائِيلَ ﴾ (٢٩) . وَعِيسَى مَعَهُمْ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِلْحَسَنِ : « إِنَّ أَيْنِي هَذَا سَيِّدٌ » (٣٠) . وَهُوَ وَلَدُ بَنِيهِ . وَلَمَّا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَحَلَّلْتُ أَبْنَاءَكُمْ ﴾ (٣١) . دَخَلَ فِي التَّحْرِيمِ حَلَالُ أَبْنَاءِ الْبَنَاتِ ، وَلَمَّا حَرَّمَ اللَّهُ تَعَالَى الْبَنَاتِ ، دَخَلَ فِي التَّحْرِيمِ بَنَاتُهُنَّ . وَوَجْهُ قَوْلِ الْخَرَقِيِّ ، أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلَّذِ كَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ . فَدَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَيْنِ دُونَ وَلَدِ الْبَنَاتِ ، وَهَكَذَا كُلُّ مَوْضِعٍ ذُكِرَ فِيهِ الْوَلَدُ فِي الْإِزْثِ وَالْحَجَبِ ، دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَيْنِ دُونَ وَلَدِ الْبَنَاتِ . وَلَئِنَّهُ لَوْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِ رَجُلٍ ، وَقَدْ صَارُوا قَبِيلَةً ، دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَيْنِ دُونَ وَلَدِ الْبَنَاتِ بِالْإِتِّفَاقِ ، وَكَذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَصِيرُوا قَبِيلَةً . وَلَئِنَّهُ لَوْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِ الْعَبَّاسِ فِي عَصَرِنَا ، لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ وَلَدُ بَنَاتِهِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا وَقَفَ عَلَيْهِمْ فِي حَيَاتِهِ ، وَلَئِنْ وَلَدَ الْبَنَاتِ مَنْسُوبُونَ إِلَى آبَائِهِمْ دُونَ أُمَّهَاتِهِمْ ، قَالَ الشَّاعِرُ (٣٢) :

(٢٨) سورة الأنعام ٨٤ ، ٨٥ .

(٢٩) سورة مريم ٥٨ .

(٣٠) تقدم تخريجه في : ٩٨/٤ .

(٣١) سورة النساء ٢٣ .

(٣٢) نسب البيت للفرزدق . وهو في : الحماسة ، لأبي تمام ٢٧٤/١ . وانظر حاشية دلائل الإعجاز

بَنُوْنَا بَنُوْ أَبْنَائِنَا وَبَنَاتِنَا بَنُوْهُنَّ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الْآبَاعِدِ

١٥٣/٥ و قولهم : إِنْهُمْ أَوْلَادُ/أَوْلَادِ (٣٣) حَقِيقَةً . قُلْنَا : إِلَّا أَنَّهُمْ لَا يَنْسُبُونَ إِلَى الْوَاقِفِ عُرْفًا ، وَلِذَلِكَ لَوْ قَالَ : أَوْلَادُ أَوْلَادِي الْمُتَسَبِّحِينَ إِلَى . لَمْ يَدْخُلْ هُوَ لَا فِي الْوَقْفِ . وَلَآنَ وَلَدَ الْهَاشِمِيَّةِ مِنْ غَيْرِ الْهَاشِمِيِّ لَيْسَ بِهَاشِمِيٍّ ، وَلَا يَنْسَبُ إِلَى أَبِيهَا . وَأَمَّا عِيسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَبٌ يَنْسَبُ إِلَيْهِ ، فَنُسِبَ إِلَى أُمِّهِ لِعَدَمِ أَبِيهِ ، وَلِذَلِكَ يُقَالُ عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ ، وَغَيْرُهُ إِنَّمَا يَنْسَبُ إِلَى أَبِيهِ ، كَيْحَيِّ بْنِ زَكَرِيَّا . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّ ابْنِي هَذَا سَيِّدٌ » . تَجَوَّزَ بِغَيْرِ خِلَافٍ ، بِدَلِيلِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ ﴾ (٣٤) . وَهَذَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا لَمْ يُوجَدْ مَا يُدُلُّ عَلَى تَعْيِينِ أَحَدٍ الْأَمْرَيْنِ ، فَأَمَّا إِنْ وَجِدَ مَا يَصْرِفُ اللَّفْظَ إِلَى أَحَدِهِمَا ، انْصَرَفَ إِلَيْهِ . وَلَوْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي ، وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي ، عَلَى أَنْ لَوْلَدِ الْبَنَاتِ سَهْمًا ، وَلَوْلَدِ الْبَنِينَ سَهْمَيْنِ . أَوْ : فَإِذَا خَلَّتِ الْأَرْضُ مِمَّنْ يَرْجِعُ نَسَبُهُ إِلَى مَنْ قَبْلَ أَبِي أَوْ أُمِّ ، كَانَ لِلْمَسَاكِينِ . أَوْ كَانَ الْبِطْنُ الْأَوَّلُ مِنْ أَوْلَادِهِ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِمْ كُلُّهُمْ بَنَاتٌ ، وَأَشْبَاهُ هَذَا مِمَّا يُدُلُّ عَلَى إِرَادَةِ وَلَدِ الْبَنَاتِ بِالْوَقْفِ ، دَخَلُوا فِي الْوَقْفِ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي ، وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي الْمُتَسَبِّحِينَ إِلَى ، أَوْ غَيْرَ ذَوِي الْأَرْحَامِ ، أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ . لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى وَلَدِي فَلَانٍ وَفُلَانَةٍ وَفُلَانَةٍ (٣٥) ، وَأَوْلَادِهِمْ ، دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ . وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ : عَلَى أَنَّهُ مَن مَاتَ مِنْهُمْ عَنْ وَلَدِهِ فَتَصِيْبُهُ لَوْلَدِهِ . وَإِنْ قَالَ الْهَاشِمِيُّ : وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي ، وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي الْهَاشِمِيِّينَ . لَمْ يَدْخُلْ فِي الْوَقْفِ مِنْ أَوْلَادِ بَنَاتِهِ مَنْ كَانَ غَيْرَ هَاشِمِيٍّ . فَأَمَّا مَنْ كَانَ هَاشِمِيًّا مِنْ غَيْرِ أَوْلَادِ بَنِيهِ ، فَهَلْ يَدْخُلُونَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَوَّلَاهُمَا ، أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ ؛ لِأَنَّهُمْ اجْتَمَعَ فِيهِمُ الصِّفَتَانِ جَمِيعًا ، كَوْنُهُمْ مِنْ أَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ، وَكَوْنُهُمْ هَاشِمِيِّينَ . وَالثَّانِي ، لَا يَدْخُلُونَ ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَدْخُلُوا فِي مُطْلَقِ

(٣٣) فِي الْأَصْلِ : « أَوْلَادِهِ » .

(٣٤) سُورَةُ الْأَحْزَابِ ٤٠ .

(٣٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

أولاد أولاده ، فأشبهه ما لو لم يقل الهاشميين . وإن قال : على أولادى ، وأولاد أولادى ، مما ينسب إلى قبيلتى . فكذاك .

الفصل الثالث : أنه إذا وقف على أولاد رجل ، وأولاد أولاده ، استوى فيه الذكر والأنثى ؛ لأنه تشريك^(٣٦) بينهم ، وإطلاق التشريك يقتضى التسوية ، كما لو أقرهم بشىء ، وكولد الأم في الميراث حين شرك الله تعالى بينهم فيه ، فقال : ﴿ فهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴾^(٣٧) . تساؤوا فيه ، ولم يفضل بعضهم على بعض . وليس كذلك في ميراث ولد الأبوين وولد الأب ، فإن الله تعالى قال : ﴿ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلَّذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ . ولا أعلم في هذا خلافاً .

الفصل الرابع : أنه إذا فضل بعضهم على بعض ، فهو على ما قال ، فلو قال : وقفت على أولادى ، وأولاد أولادى ، على أن للذكر سهمين ، وللأنثى سهماً ، أو للذكر مثل حظ الأنثيين ، أو على حسب ميراثهم ، أو على حسب^(٣٨) قرابتهم ، أو بالعكس من هذا ، أو على أن للكبير ضعف ما للصغير ، أو للعالم ضعف ما للجاهل ، أو للعائل ضعف ما للعننى ، أو عكس ذلك ، أو عيّن بالفضل واحدًا معيّنًا ، أو ولده ، أو ما أشبه هذا ، فهو على ما قال ؛ لأن ابتداء الوقف مقوض إليه ، فكذاك تفضيله وتزويجه . وكذلك إن شرط إخراج بعضهم بصفة^(٣٩) ورده بصفة^(٣٩) مثل أن يقول : مَنْ تزوّج منهم فله ، ومن فارق فلا شىء له ، أو عكس ذلك ، أو مَنْ حفظ القرآن فله ، ومن نسيه فلا شىء له ، ومن اشتغل بالعلم فله ، ومن ترك فلا شىء له ، أو مَنْ كان على مذهب كذا فله ، ومن خرج منه فلا شىء له . فكل هذا صحيح على ما شرط . وقد روى هشام بن عروة ، أن الزبير جعل دُورَه صدقة على بنيهِ لا تُباع ولا تُوهب ،

(٣٦) في الأصل : « شرك » .

(٣٧) سورة النساء ١٢ .

(٣٨) في الأصل : « قدر » .

(٣٩ - ٣٩) سقط من : م .

وَأَنَّ لِلْمَرْدُودَةِ مِنْ بَنَاتِهِ أَنْ تَسْكُنَ غَيْرَ مُضِرَّةٍ وَلَا مُضَرٍّ بِهَا ، فَإِنْ اسْتَعْنَتْ بِزَوْجٍ فَلَا حَقَّ لَهَا فِي الْوَقْفِ . وَلَيْسَ هَذَا تَعْلِيْقًا لِلْوَقْفِ بِصِفَةٍ ، بَلِ الْوَقْفُ مُطْلَقٌ وَالِاسْتَحْقَاقُ لَهُ بِصِفَةٍ . وَكُلُّ هَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا .

فصل : وَالْمُسْتَحَبُّ أَنْ يُقَسَّمِ الْوَقْفُ عَلَى أَوْلَادِهِ ، عَلَى حَسَبِ قِسْمَةِ اللَّهِ تَعَالَى الْمِيرَاثِ بَيْنَهُمْ ، لِلذَّكْرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى . وَقَالَ الْقَاضِي : الْمُسْتَحَبُّ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الذَّكْرِ وَالْأُنثَى ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ الْقُرْبَةَ عَلَى وَجْهِ الدَّوَامِ ، وَقَدْ اسْتَوَوْا فِي الْقَرَابَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِصْلَاحٌ لِلْمَالِ إِلَيْهِمْ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمْ عَلَى حَسَبِ الْمِيرَاثِ ، كَالْعَطِيَّةِ ، وَلِأَنَّ الذَّكْرَ فِي مَظَنَّةِ الْحَاجَةِ أَكْثَرَ مِنَ الْأُنثَى ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي الْعَادَةِ يَتَزَوَّجُ ، وَيَكُونُ لَهُ الْوَلَدُ ، فَالذَّكْرُ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ امْرَأَتِهِ ^(٤٠) وَأَوْلَادِهِ ، وَالْمَرْأَةُ يَنْفِقُ عَلَيْهَا زَوْجُهَا ^(٤١) وَلَا يَلْزُمُهَا ^(٤٢) نَفَقَةُ أَوْلَادِهَا ، وَقَدْ فَضَّلَ اللَّهُ الذَّكْرَ عَلَى الْأُنثَى فِي الْمِيرَاثِ عَلَى وَفْقِ هَذَا الْمَعْنَى ، فَيَصِحُّ تَعْلِيلُهُ بِهِ . وَيَتَعَدَّى إِلَى الْوَقْفِ وَإِلَى غَيْرِهِ مِنَ الْعَطَايَا وَالصَّلَاتِ .

وَمَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي لَا أَصْلَ لَهُ ، وَهُوَ مُلْعَنٌ بِالْمِيرَاثِ وَالْعَطِيَّةِ . / فَإِنْ خَالَفَ فَسَوَّى بَيْنَ الذَّكْرِ وَالْأُنثَى ، أَوْ فَضَّلَهَا عَلَيْهِ ، أَوْ فَضَّلَ بَعْضَ الْبَنِينَ أَوْ بَعْضَ الْبَنَاتِ عَلَى بَعْضٍ ، أَوْ خَصَّ بَعْضَهُمْ بِالْوَقْفِ دُونَ بَعْضٍ ، فَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ : إِنْ كَانَ عَلَى طَرِيقِ الْأَثَرَةِ ، فَأَكْرَهُهُ ، وَإِنْ كَانَ عَلَى أَنَّ بَعْضَهُمْ لَهُ عِيَالٌ وَبِهِ حَاجَةٌ . يَعْنِي فَلَا بَأْسَ بِهِ . وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الزُّبَيْرَ خَصَّ الْمَرْدُودَةَ مِنْ بَنَاتِهِ دُونَ الْمُسْتَعْنِيَةِ مِنْهُنَّ بِصَدَقَتِهِ . وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ أَحْمَدَ ، لَوْ خَصَّ الْمُسْتَعْنِيَيْنَ بِالْعِلْمِ مِنْ أَوْلَادِهِ بِوَقْفِهِ ، تَحْرِيطًا لَهُمْ عَلَى طَلَبِ الْعِلْمِ ، أَوْ الذِّينِ دُونَ الْفُسَاقِ ، أَوْ الْمَرِيضِ ، أَوْ مَنْ لَهُ فَضْلٌ مِنْ أَجْلِ فَضِيلَتِهِ ، فَلَا بَأْسَ . وَقَدْ دَلَّ عَلَى صِحَّةِ هَذَا أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصَّدِّيقَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، نَحَلَ عَائِشَةَ جِدَادَ عِشْرِينَ وَسَقًا دُونَ سَائِرِ وَلَدِهِ ^(٤٣) ، وَحَدِيثُ عُمَرَ ، أَنَّهُ كَتَبَ :

(٤٠) فِي الْأَصْلِ : « زَوْجَتُهُ » .

(٤١ - ٤٢) فِي الْأَصْلِ : « وَلَا يَجِبُ عَلَيْهَا » .

(٤٣) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا لَا يَجُوزُ مِنَ النَحْلِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . الْمُوطَأُ ٧٥٢/٢ . وَابْيَهَقِيَ ، =

بسم الله الرحمن الرحيم ، هذا ما أوصى به عبد الله أمير المؤمنين ، إن حَدَثَ به حَدَثٌ ،
 أَنْ تَمْعًا وَصِرْمَةً بن الأَكْوَعِ ، والعَبْدَ الذِي فِيهِ ، والمائَةُ سَهْمٍ التِي بِحَيْبَرٍ ، وَرَقِيقَهُ
 الذِي فِيهِ ، الذِي أَطْعَمَهُ مُحَمَّدٌ ﷺ بِالْوَادِ ، ثَلِيهِ حَفْصَةُ مَا عَاشَتْ ، ثُمَّ يَلِيهِ ذُو الرُّأْيِ
 مِنْ أَهْلِهَا ، أَنْ لَا يُبَاعَ وَلَا يُشْتَرَى ، يُنْفَقُهُ حَيْثُ رَأَى مِنَ السَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ وَذَوِي
 الْقُرْبَى ، لَا حَرَجَ عَلَى مَنْ وَلِيَهُ إِنْ أَكَلَ أَوْ آكَلَ أَوْ اشْتَرَى رَقِيقًا مِنْهُ . رَوَاهُ
 أَبُو دَاوُدَ^(٤٣) . وَفِيهِ دَلِيلٌ عَلَى تَخْصِيصِ حَفْصَةَ دُونَ إِخْوَتِهَا وَأَخَوَاتِهَا .

٩٢٢ - مسألة ؛ قال : (فَإِذَا لَمْ يَبْقَ مِنْهُمْ أَحَدٌ ، رَجَعَ إِلَى الْمَسَاكِينِ)

يعنى إِذَا وَقَفَ عَلَى قَوْمٍ وَنَسَلِهِمْ ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَأَنْقَضَ الْقَوْمُ وَنَسَلُهُمْ ،
 فَلَمْ يَبْقَ مِنْهُمْ أَحَدٌ ، رَجَعَ إِلَى الْمَسَاكِينِ ، وَلَا^(١) يَنْتَقِلُ إِلَيْهِمْ مَا دَامَ أَحَدٌ مِنَ الْقَوْمِ أَوْ
 مِنْ نَسْلِهِمْ بَاقِيًا ؛ لِأَنَّهُ رَبُّهُ لِلْمَسَاكِينِ بَعْدَهُمْ . وَالْمَسَاكِينُ الَّذِينَ يَسْتَحِقُّونَ السَّهْمَ
 مِنَ الزَّكَاةِ ، وَالْفُقَرَاءُ يَدْخُلُونَ فِيهِمْ ، وَكَذَلِكَ لَفْظُ الْفُقَرَاءِ يَدْخُلُ فِيهِ الْمَسَاكِينُ ؛ لِأَنَّ
 كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ اللَّفْظَيْنِ يُطْلَقُ عَلَيْهِمَا ، وَالْمَعْنَى الذِي يُسَمَّيانِ بِهِ شَامِلٌ لِهَما ، وَهُوَ الْحَاجَةُ
 وَالْفَاقَةُ ، وَلِهَذَا سَمَّى اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ الْمَسَاكِينِ ، فِي مَصْرِفِ كَفَّارَةِ الْيَمِينِ ، وَكَفَّارَةِ
 الظُّهَارِ ، وَفِدْيَةِ الْأَذَى ، تَنَاوَلَهُمَا جَمِيعًا ، وَجَازَ الصَّرْفُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَلَمَّا
 ذَكَرَ الْفُقَرَاءَ فِي قَوْلِهِ : ﴿ لِلْفُقَرَاءِ الَّذِينَ أُحْصِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ ﴾^(٢) . وَفِي قَوْلِهِ :
 ﴿ وَتَوَاتَوْهَا الْفُقَرَاءُ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ ﴾^(٣) . تَنَاوَلَ الْقِسْمَيْنِ ، وَكُلُّ / مَوْضِعٍ ذَكَرَ فِيهِ
 أَحَدَ اللَّفْظَيْنِ تَنَاوَلَ الْقِسْمَيْنِ ، إِلَّا فِي الصَّدَقَاتِ ، لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَمَعَ بَيْنَ الْأَسْمَيْنِ ،

= في : باب شرط القبض في الهبة ، وباب ما يستدل به على أن أمره بالتسوية بينهم في العطية ... ، من كتاب الهبات .
 السنن الكبرى ١٧٠/٦ ، ١٧٨ .

(٤٣) في : باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف ، من كتاب الوصايا . سنن أبي داود ١٠٥ / ٢ .

(١) في ب ، م : « ولم ينتقل » .

(٢) سورة البقرة ٢٧٣ .

(٣) سورة البقرة ٢٧١ .

وَمَيَّزَ بَيْنَ الْمُسَمَّيَيْنِ ، فَاخْتَجْنَا إِلَى التَّمْيِيزِ بَيْنَهُمَا ، وَفِي غَيْرِ الصَّدَقَاتِ يُسَمَّى ^(٤) الْكُلُّ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَسْمَنِ ، فَإِنْ جَمَعَ بَيْنَ الْأَسْمَنِ بِالْوَقْفِ أَيْضًا ، فَقَالَ : وَقَفْتُ هَذَا عَلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، نَصْنَفَيْنِ ، أَوْ ثَلَاثًا . وَجَبَ التَّمْيِيزُ بَيْنَهُمَا أَيْضًا ^(٥) ، فَتَرَلْنَاهُمَا مَنَزَلَتُهُمَا مِنْ سِهَامِ الصَّدَقَاتِ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ . فَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ جَوَازُ الْاِقْتِصَارِ عَلَى أَحَدِ الصَّنَفَيْنِ ، وَإِبَاحَةُ الدَّفْعِ إِلَى وَاحِدٍ ، كَمَا قُلْنَا فِي الزَّكَاةِ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَجُوزَ الدَّفْعُ إِلَى أَقَلِّ مِنْ ثَلَاثَةٍ مِنْ كُلِّ صِنْفٍ ، بِنَاءً عَلَى الْقَوْلِ فِي الزَّكَاةِ أَيْضًا . وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ لَا يَجِبُ تَعْمِيمُهُمْ بِالْعَطِيَّةِ ، كَمَا لَا يَجِبُ اسْتِيعَابُهُمْ بِالزَّكَاةِ ، وَلَا فِي أَنَّهُ يَجُوزُ التَّفْضِيلُ بَيْنَ مَنْ يُعْطِيهِ مِنْهُمْ ، سَوَاءً كَانُوا ذُكُورًا أَوْ إِنَاثًا ، أَوْ كَانَ الْوَقْفُ ائْتِدَاءً ، أَوْ انْتَقَلَ إِلَيْهِمْ عَنْ غَيْرِهِمْ . وَضَابِطُ هَذَا أَنَّهُ مَتَى كَانَ الْوَقْفُ عَلَى مَنْ يُمَكِّنُ حَصْرُهُمْ وَاسْتِيعَابُهُمْ ، وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ ، وَجَبَ اسْتِيعَابُهُمْ وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ ، إِذَا لَمْ يُفْضَلِ الْوَاقِفُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ ، فَإِنْ وَقَفَ عَلَى مَنْ لَا يُمَكِّنُ حَصْرُهُمْ ، كَالْمَسَاكِينِ ، أَوْ قَبِيلَةٍ كَبِيرَةٍ كِبْنَى تَمِيمٍ وَبَنَى هَاشِمٍ ، جَازَ الدَّفْعُ إِلَى وَاحِدٍ وَإِلَى أَكْثَرِ مَنْهُ ، وَجَازَ التَّفْضِيلُ وَالتَّسْوِيَةُ ؛ لِأَنَّ وَقْفَهُ عَلَيْهِمْ ، مَعَ عِلْمِهِ بِتَعَدُّرِ اسْتِيعَابِهِمْ ، دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يُرِدْهُ ، وَمَنْ جَازَ حِرْمَانَهُ ، جَازَ تَفْضِيلُ غَيْرِهِ عَلَيْهِ . فَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ فِي ائْتِدَائِهِ عَلَى مَنْ يُمَكِّنُ اسْتِيعَابَهُ ^(٦) ، فَصَارَ مِمَّنْ لَا يُمَكِّنُ اسْتِيعَابَهُ ، كَرَجُلٍ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ ، فَصَارَ وَقَائِلَةً كَبِيرَةً تَخْرُجُ عَنِ الْحَصْرِ ، مِثْلَ أَنْ يَقِفَ عَلَى رَضِيَ اللَّهِ عَنْهُ عَلَى وَلَدِهِ وَنَسْلِهِ ، فَإِنَّهُ يَجِبُ تَعْمِيمُ مَنْ أُمَكِّنَ مِنْهُمْ ، وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ ؛ لِأَنَّ التَّعْمِيمَ كَانَ وَاجِبًا ، وَكَذَلِكَ التَّسْوِيَةُ ، فَإِذَا تَعَدَّرَ ، وَجَبَ مِنْهُ مَا أُمَكِّنَ ، كَالْوَاجِبِ الَّذِي يَعْجُزُ عَنْ بَعْضِهِ ؛ وَلِأَنَّ الْوَاقِفَ هُنَا ^(٧) أَرَادَ التَّعْمِيمَ وَالتَّسْوِيَةَ ، لِإِمْكَانِهِ وَصَلَاحِ

(٤) فِي م : « يَسْتَحِقُّ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٦) فِي الْأَصْلُ : « اسْتِيعَابُهُمْ » .

(٧) سَقَطَ مِنْ : م .

لَفِظُهُ لِدَلَالَتِهِ ، فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِمَا أُمِّكَنَ مِنْهُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانُوا حَالَ الْوَقْفِ مَمَّنْ ^(٨) لَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ فِيهِمْ .

فصل : وَإِنْ وَقَفَ عَلَى سَبِيلِ اللَّهِ ، أَوْ ابْنِ السَّبِيلِ ، أَوْ الرِّقَابِ ، أَوْ الْغَارِمِينَ ، فَهَمُّ الَّذِينَ يَسْتَحِقُّونَ السَّهْمَ مِنَ الصَّدَقَاتِ ، لَا يَغْدُوهُمْ إِلَى غَيْرِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْمُطْلَقَ مِنْ كَلَامِ الْأَدَمِيِّينَ مَحْمُولٌ عَلَى الْمَعْنُودِ فِي الشَّرْعِ ، فَيُنْظَرُ / ؛ مَنْ كَانَ يَسْتَحِقُّ السَّهْمَ مِنْ ١٥٥/٥ الصَّدَقَاتِ ، فَالْوَقْفُ مَصْرُوفٌ إِلَيْهِ ، وَشَرَحُهُمْ يَأْتِي فِي مَوْضِعِهِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَإِنْ وَقَفَ عَلَى الْأَصْنَافِ الثَّمَانِيَةِ الَّذِينَ يَأْخُذُونَ الصَّدَقَاتِ ، صُرِفَ إِلَيْهِمْ ، وَيُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مِنَ الْوَقْفِ مِثْلَ الْقَدْرِ الَّذِي يُعْطَى مِنَ الزَّكَاةِ ، لَا يَزِيدُ عَلَى ذَلِكَ ، فَيُعْطَى الْفَقِيرُ وَالْمُسْكِينُ مَا يَتِمُّ بِهِ غِنَاؤُهُ ، وَالْغَارِمُ قَدْرَ مَا يَقْضِي غُرْمَهُ ، وَالْمُكَاتِبُ قَدْرَ ^(٩) مَا يُؤَدِّي بِهِ كِتَابَتَهُ ، وَابْنُ السَّبِيلِ مَا يُبَلِّغُهُ ، وَالْغَارِي مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِعَزْوِهِ وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا . وَاخْتَلَفَ فِي قَدْرِ مَا يَحْصُلُ بِهِ الْغِنَى ، فَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ عَلَى بَنٍ سَعِيدٍ ، فِي الرَّجُلِ يُعْطَى مِنَ الْوَقْفِ خَمْسِينَ دِرْهَمًا ، فَقَالَ : إِنْ كَانَ الْوَاقِفُ ذَكَرَ فِي كِتَابِهِ الْمَسَاكِينَ ، فَهُوَ مِثْلُ الزَّكَاةِ . وَإِنْ كَانَ مُتَطَوِّعًا أُعْطِيَ مَا شَاءَ وَكَيْفَ شَاءَ . فَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى الْحَاقَةِ بِالزَّكَاةِ ، فَيَكُونُ الْخِلَافُ فِيهِ كَالْخِلَافِ فِي الزَّكَاةِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَإِنْ وَقَفَ عَلَى جَمِيعِ الْأَصْنَافِ ، أَوْ عَلَى صِنْفَيْنِ ، أَوْ أَكْثَرَ ، فَهَلْ يَجُوزُ الْاِقْتِصَارُ عَلَى صِنْفٍ وَاحِدٍ ، أَوْ يَجِبُ إِعْطَاءُ بَعْضِ كُلِّ صِنْفٍ مِنَ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى الزَّكَاةِ .

فصل : وَإِذَا وَقَفَ عَلَى سَبِيلِ اللَّهِ ، وَسَبِيلِ الثَّوَابِ ، وَسَبِيلِ الْخَيْرِ ، فَسَبِيلُ اللَّهِ هُوَ الْعَزْوُ وَالْجِهَادُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، فَيُصْرَفُ ثُلُثُ الْوَقْفِ إِلَى مَنْ يُصْرَفُ إِلَيْهِ السَّهْمُ مِنَ الزَّكَاةِ ، وَهُمْ الْغُرَاةُ الَّذِينَ لَا حَقَّ لَهُمْ فِي الدِّيَانِ ^(١٠) ، وَإِنْ كَانُوا أَغْنِيَاءَ ، وَسَائِرُ

(٨) فِي م : « مِمَّا » .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٠) فِي م : « الدِّيُون » .

الْوَقْفُ يُصَرَّفُ إِلَى كُلِّ مَا فِيهِ أَجْرٌ وَمَثُوبَةٌ وَخَيْرٌ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ عَامٌّ فِي ذَلِكَ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : يُجْزَأُ الْوَقْفُ ثَلَاثَةً أَجْزَاءٍ ، فَجُزْءٌ يُصَرَّفُ إِلَى الْغُرَاةِ ، وَجُزْءٌ يُصَرَّفُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ مِنَ الْفُقَرَاءِ ، لِأَنَّهُمْ أَكْثَرُ الْجِهَاتِ ثَوَابًا ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « صَدَقْتُكَ عَلَى ذِي الْفَرَايَةِ صَدَقَةً وَصِلَةً »^(١١) . وَالثَّالِثُ يُصَرَّفُ إِلَى مَنْ يَأْخُذُ الزَّكَاةَ لِحَاجَتِهِ ، وَهُمْ خَمْسَةُ أَصْنَافٍ ؛ الْفُقَرَاءُ ، وَالْمَسَاكِينُ ، وَالرَّقَابُ ، وَالْغَارِمُونَ لِمَصْلَحَتِهِمْ ، وَابْنُ السَّبِيلِ ؛ لِأَنَّ هَؤُلَاءِ أَهْلُ حَاجَةٍ مُنْصُوصٍ عَلَيْهِمْ فِي الْقُرْآنِ ، فَكَانَ مَنْ نَصَّ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ فِي كِتَابِهِ أَوْلَى مِنْ غَيْرِهِ ، وَإِنْ سَاوَاهُ فِي الْحَاجَةِ ، وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّ لَفْظَهُ عَامٌّ ، فَلَا يَجِبُ التَّخْصِيسُ بِالْبَعْضِ لِكَوْنِهِ أَوْلَى ، كَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ فِي الزَّكَاةِ ، لَا يَجِبُ تَخْصِيسُ أَقَارِبِهِ مِنْهُمْ بِهَا / ، وَإِنْ كَانُوا أَوْلَى ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْأَلْفَاظِ الْعَامَّةِ . وَإِنْ أَوْصَى فِي أَبْوَابِ الْبِرِّ ، صُرِفَ إِلَى^(١٢) كُلِّ مَا فِيهِ بَرٌّ وَقُرْبَةٌ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : يُصَرَّفُ فِي أَرْبَعِ جِهَاتٍ ؛ أَقَارِبِهِ غَيْرِ الْوَارِثِينَ ، وَالْمَسَاكِينِ ، وَالْجِهَادِ ، وَالْحَجِّ . قَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : وَعَنْهُ فِدَاءُ الْأَسْرَى مَكَانَ الْحَجِّ . وَوَجْهُ الْقَوْلَيْنِ مَا تَقَدَّمَ فِي التِّي قَبْلَهَا .

ظ ١٥٥/٥

٩٢٣ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (فَإِنْ لَمْ يَجْعَلْ آخِرَهُ لِلْمَسَاكِينِ ، وَلَمْ يَتَّقِ مِمَّنْ وَقَفَ عَلَيْهِ أَحَدٌ ، رَجَعَ إِلَى وَرَثَةِ الْوَاقِفِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَالرَّوَايَةُ الْأُخْرَى يَكُونُ وَقْفًا عَلَى أَقْرَبِ عَصَبَةِ الْوَاقِفِ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الْوَقْفَ^(١) الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِي صِحَّتِهِ ، مَا كَانَ مَعْلُومَ الْاِئْتِدَاءِ وَالْاِئْتِهَاءِ ، غَيْرَ مُنْقَطِعٍ ، مِثْلُ أَنْ يُجْعَلَ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، أَوْ طَائِفَةٍ لَا يَجُوزُ بِحُكْمِ الْعَادَةِ

(١١) تقدم تخريجه في : ٩٩/٤ .

(١٢) في م : « في » .

(١) في م : « الواقف » .

انْقِرَاضُهُمْ . وإن كان غير معلوم الانتهاء ، مثل أن يَقِفَ على قومٍ يجوز انْقِرَاضُهُمْ بِحُكْمِ العَادَةِ ، ولم يجعل آخره لِلْمَسَاكِينِ ، ولا لِحِجَّةٍ غير مُنْقَطِعَةٍ ، فإنَّ الوقْفَ يَصِحُّ . وبه قال مالك ، وأبو يوسف ، والشافعي في أحد قَوْلَيْهِ . وقال محمد بن الحسن : لا يَصِحُّ . وهو القول الثاني للشافعي ؛ لأنَّ الوقْفَ مُقْتَضَاهُ التَّايِيدُ ، فإذا كان مُنْقَطِعًا صارَ وَقْفًا على مَجْهُولٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو وَقَفَ على مَجْهُولٍ في الابتداء . ولنا ، أَنَّهُ تَصَرَّفَ بِمَعْلُومٍ الْمَصْرِفِ ، فصَحَّ ، كما لو صَرَّحَ بِمَصْرِفِهِ الْمُتَّصِلِ ، ولأنَّ الإِطْلَاقَ إذا كان له عَرَفٌ ، حُمِلَ عليه ، كَنَقْدِ الْبَلَدِ وَعَرَفِ الْمَصْرِفِ ، وهُنَاهُمْ أُولَى الْجِهَاتِ بِهِ ، فكأنَّه عَيَّنَّهُمْ . إذ اثْبَتَ هذا ، فإنه يَنْصَرِفُ عند انْقِرَاضِ الْمُوقُوفِ عليهم إلى أَقَارِبِ الْوَاقِفِ ^(٢) . وبه قال الشافعي . وعن أحمد رواية أخرى ، أَنَّهُ يَنْصَرِفُ إلى الْمَسَاكِينِ . واختاره القاضي ، والشَّريْفُ أبو جعفر ؛ لأنَّهم ^(٣) مَصْرِفُ الصَّدَقَاتِ وَحُقوقِ اللَّهِ تَعَالَى مِنَ الْكَفَّارَاتِ ونحوها ، فإذا وُجِدَتْ صَدَقَةٌ غير مُعَيَّنَةٍ الْمَصْرِفِ ، انْصَرَفَتْ إِلَيْهِمْ ، كما لو نَذَرَ صَدَقَةً مُطْلَقَةً . وعن أحمد رواية ثالثة ، أَنَّهُ يُجْعَلُ في بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ ؛ لأنَّه مَالٌ لا مُسْتَحَقَّ لَهُ ، فَأُشْبِهَ مَالٌ لا وَارِثَ لَهُ . وقال أبو يوسف : يَرْجِعُ إلى الْوَاقِفِ وإلى وَرَثَتِهِ ^(٤) ، إِلَّا أن يَقُولَ : صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ ، يُنْفَقُ منها على فُلَانٍ وعلى فُلَانٍ . فإذا انْقَرَضَ الْمُسَمَّى كانت لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ . لأنَّه جَعَلَهَا صَدَقَةً على مُسَمَّى ، فلا تكونُ على غيره ، ويُفَارِقُ ما إذا قال : يُنْفَقُ منها على فُلَانٍ وفُلَانٍ . فإنه جَعَلَ الصَّدَقَةَ مُطْلَقَةً . ولنا ، أَنَّهُ أزالَ مِلْكَهُ لِلَّهِ تَعَالَى ، فلم يَجُزْ أن يَرْجِعَ / إليه ، كما لو أَعْتَقَ عَبْدًا ، والدَّلِيلُ على صَرْفِهِ إلى أَقَارِبِ الْوَاقِفِ ، أَنَّهُمْ أُولَى النَّاسِ بِصَدَقَتِهِ ، بِدَلِيلِ قولِ النَّبِيِّ ﷺ : « صَدَقَتُكَ عَلَى غَيْرِ رَحِمِكَ صَدَقَةٌ ، وَصَدَقَتُكَ عَلَى رَحِمِكَ صَدَقَةٌ وَصِيلَةٌ » ^(٥) . وقال : « إِنَّكَ أَنْ تَدْعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ

و ١٥٦/٥

(٢) في م : « الوقف » .

(٣) في م : « لأنه » .

(٤) في الأصل : « وارثه » .

(٥) تقدم تخريجه في : ٩٩/٤ .

تَدْعُهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ»^(٦). ولأن فيه^(٧) إغناءهم وصلة أرحامهم، لأنهم أولى الناس بصدقاته التوافل والمفروضات، كذلك صدقته المنقولة. إذا ثبت هذا، فإنه في ظاهر كلام الخِرقي، وظاهر كلام أحمد، يكون للفقراء منهم والأغنياء؛ لأن الوقف^(٨) لا يختص الفقراء^(٩)، ولو وقف على أولاده، تناول الفقراء والأغنياء، كذا ههنا. وفيه وجه آخر، أنه يختص الفقراء منهم، لأنهم أهل الصدقات دون الأغنياء، ولأننا خصصناهم بالوقف^(١٠) لكونهم أولى الناس بالصدقة، وأولى الناس بالصدقة الفقراء دون الأغنياء. واختلفت الرواية في من يستحق الوقف من أقرباء الواقف، ففي إحدى الروايتين، يرجع إلى الورثة منهم؛ لأنهم الذين صرف الله تعالى إليهم ماله بعد موته واستغنائه عنه، فكذلك يصرف إليهم من صدقته ما لم يذكر له مصرفا، ولأن النبي ﷺ قال: «إِنَّكَ أَنْ تَتَرَكَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعُهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ». فعلى هذا يكون بينهم على حسب ميراثهم، ويكون وقفًا عليهم. نص عليه أحمد، وذكره القاضي، لأن الوقف يقتضي التأييد، وإنما صرفناه إلى هؤلاء لأنهم أحق الناس بصدقته، فصرف إليهم مع بقائه صدقة. ويحتمل كلام الخِرقي أن يصرف إليهم على سبيل الإرث، وينتقل الوقف فيه. فعلى هذا يكون كقول أبي يوسف. والرواية الثانية، يكون وقفًا على أقرب عصبة الواقف، دون بقية الورثة من أصحاب الفروض، ودون البعيد من العصابات^(١١)، فيقدم الأقرب فالأقرب، على حسب استحقاقهم لولاء الموالى، لأنهم خُصوا بالعقل عنه، وبميراث مواليه، فخصوا بهذا أيضا. وهذا لا يقوى عندي، فإن استحقاقهم لهذا دون غيرهم من الناس لا يكون

(٦) تقدم تخريجه في ٣٧/٦. من حديث سعد ابن أبي وقاص «والتكثير كثير».

(٧) سقط من: الأصل.

(٨ - ٩) في الأصل: «لا يحصل للفقراء».

(٩) في ب، م: «بالوقف».

(١٠) في م: «العصابات».

إِلَّا^(١١) بِدَلِيلٍ ، مِنْ نَصٍّ أَوْ إِجْمَاعٍ أَوْ قِيَاسٍ ، وَلَا تَعْلَمُ فِيهِ نَصًّا ، وَلَا إِجْمَاعًا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى مِيرَاثٍ وَلَا عِلَّةٍ الْمَوَالِي ؛ لِأَنَّ عِلَّتَهُ لَا تَتَحَقَّقُ هَهُنَا . وَأَقْرَبُ الْأَقْوَالِ فِيهِ صَرْفُهُ إِلَى الْمَسَاكِينِ ؛ لِأَنَّهُمْ مَصَارِفُ مَالِ اللَّهِ تَعَالَى وَحُقُوقُهُ ، فَإِنْ كَانَ فِي أَقَارِبِ الْوَاقِفِ / مَسَاكِينُ ، كَانُوا أَوْلَى بِهِ ، لَا عَلَى سَبِيلِ الْوُجُوبِ ، كَمَا أَنََّّهُمْ أَوْلَى بِزَكَاتِهِ وَصِلَاتِهِ مَعَ جَوَازِ الصَّرْفِ إِلَى غَيْرِهِمْ ، وَلَأَنَّا إِذَا صَرَفْنَاهُ إِلَى أَقَارِبِهِ عَلَى سَبِيلِ التَّعْيِينِ ، فَهِيَ أَيْضًا جِهَةٌ مُنْقَطِعَةٌ ، فَلَا يَتَحَقَّقُ اتِّصَالُهُ إِلَّا بِصَرْفِهِ إِلَى الْمَسَاكِينِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَكُونُ وَقْفًا عَلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَى الْوَاقِفِ ، الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى فِيهِ سَوَاءٌ .

فصل : فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْوَاقِفِ أَقَارِبُ ، أَوْ كَانَ لَهُ أَقَارِبُ فَأَنْقَرَضُوا ، صُرِفَ إِلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَقَفًا عَلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ بِهِ الثَّوَابُ الْجَارِي عَلَيْهِ عَلَى وَجْهِ الدَّوَامِ ، وَإِنَّمَا قَدَّمْنَا الْأَقَارِبَ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، لَكُونَهُمْ أَوْلَى ، فَإِذَا لَمْ يَكُونُوا ، فَالْمَسَاكِينُ أَهْلٌ لَذَلِكَ ، فَصُرِفَ إِلَيْهِمْ ، إِلَّا عَلَى قَوْلِ مَنْ قَالَ : إِنَّهُ يُصَرَّفُ إِلَى وَرَثَةِ الْوَاقِفِ مِلْكًا لَهُمْ . فَإِنَّهُ يُصَرَّفُ عِنْدَ عَدَمِهِمْ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ بَطَلَ الْوَقْفُ فِيهِ بِانْقِطَاعِهِ ، وَصَارَ مِيرَاثًا لَا وَاِرْثَ لَهُ ، فَكَانَ بَيْتُ الْمَالِ بِهِ أَوْلَى .

فصل : فَإِنْ قَالَ : وَقَفْتُ هَذَا . وَسَكَتَ ، أَوْ قَالَ : صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ . وَلَمْ يَذْكُرْ سَبِيلَهُ^(١٢) . فَلَا نَصَّ فِيهِ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : يَصِحُّ الْوَقْفُ . قَالَ الْقَاضِي : هُوَ قِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ فِي النَّذْرِ الْمُطْلَقِ : يَتَعَقَّدُ مُوجِبًا لِلْكَفَّارَةِ يَمِينٍ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ إِرَازَةٌ لِمَلِكٍ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَى ، فَوَجَبَ أَنْ يَصِحَّ مُطْلَقُهُ ، كَالْأُضْحِيَّةِ وَالْوَصِيَّةِ . وَلَوْ قَالَ : وَصَّيْتُ بِثُلْثِ مَالِي . صَحَّ ، وَإِذَا صَحَّ صُرِفَ إِلَى مَصَارِفِ الْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ بَعْدَ انْقِرَاضِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ .

(١١) فِي م : (مِنْ) .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : (سَبِيلُهُ) .

فصل : وإن وَقَفَ على مَنْ يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه ، ^(١٣) ثم على مَنْ لا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه ^(١٣) ، مثل أن يَقِفَ على أَوْلَادِهِ ، ثم على الْبَيْعِ . صَحَّ الْوَقْفُ أيضًا ، وَيُصَرَّفُ ^(١٤) بعد انْقِرَاضِ مَنْ يَصِحُّ ^(١٥) الْوَقْفُ عليه إلى مَنْ يُصَرَّفُ إليه الْوَقْفُ الْمُنْقَطِعُ ؛ لِأَنَّ ذِكْرَهُ لمن لا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه وَعَدَمُهُ واحدٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ الْوَقْفُ ؛ لِأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ مَا يَجُوزُ وَمَا لَا يَجُوزُ ، فَأَشْبَهَ تَفْرِيقَ الصَّفَقَةِ .

فصل : وإن كَانَ الْوَقْفُ مُنْقَطِعَ الْإِبْتِدَاءِ ، مثل أن يَقِفَهُ على مَنْ لا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه ، كَنَفْسِهِ ، أو أُمِّ وَلَدِهِ ، أو عَبْدِهِ ، أو كَنِيسَةٍ ، أو مَجْهُولٍ ، فإن لم يَذْكُرْ لَهُ مَالًا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه ، فالْوَقْفُ باطلٌ . وكذلك إِنْ جَعَلَ مَالَهُ مِمَّا لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه ؛ ^(١٦) لِأَنَّهُ أَخْلَلَ بِأَحَدِ شَرْطَيْ الْوَقْفِ فَبُطِّلَ ، كَمَا لَوْ وَقَفَ مَالًا يَجُوزُ وَقْفُهُ . وَإِنْ جَعَلَ لَهُ مَالًا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه ^(١٦) ، مثل أن يَقِفَهُ على عَبْدِهِ ، ثم على الْمَسَاكِينِ ، ففِي صِحَّتِهِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهِ قَوْلَانِ ، كَالْوَجْهَيْنِ ، فَإِذَا قُلْنَا : يَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي ، وَكَانَ مَنْ ^(١٧) لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه / مِمَّنْ ^(١٨) لَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ انْقِرَاضِهِ ، كَالْمَيِّتِ وَالْمَجْهُولِ وَالْكُنَائِسِ ، صُرِفَ فِي الْحَالِ إِلَى مَنْ يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه ؛ لِأَنَّنَا ^(١٩) لَمَّا صَحَّحْنَا الْوَقْفَ مع ^(٢٠) ذِكْرِ مَا لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه ، فَقَدْ أَلْعَيْنَاهُ ؛ فَإِنَّهُ يَتَعَدَّرُ التَّصْحِيحُ مع ^(٢١) اعْتِبَارِهِ ، وَإِنْ كَانَ مَنْ لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه يُمَكِّنُ اعْتِبَارُ

و ١٥٧/٥

(١٣ - ١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) في ب ، م : « ويرجع » .

(١٥) في ب ، م : « جاز » .

(١٦ - ١٦) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٧) في الأصل : « ممن » .

(١٨) في الأصل : « مما » .

(١٩) في الأصل : « لأنه » .

(٢٠ - ٢٠) سقط من : م .

انْقِرَاضِهِ ، كَأَمِّ وَلَدِهِ^(٢١) ، وَعَبْدٍ مُعَيَّنٍ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ يُصَرَّفُ^(٢٢) فِي الْحَالِ إِلَى مَنْ يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، كَالْتِي قَبْلَهَا . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ يُصَرَّفُ فِي الْحَالِ إِلَى مُصَرِّفِ الْوَقْفِ الْمُتَقَطِّعِ ، إِلَى أَنْ يَنْقَرِضَ مَنْ لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، فَإِذَا انْقَرَضَ صَرَّفَ إِلَى مَنْ يَجُوزُ . وَهَذَا الْوَجْهُ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ؛ لِأَنَّ الْوَاقِفَ إِنَّمَا جَعَلَهُ وَقْفًا عَلَى مَنْ يَجُوزُ بِشَرْطِ انْقِرَاضِ هَذَا ، فَلَا يُثْبِتُ بَدُونَهُ . وَفَارَقَ مَا لَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارَ انْقِرَاضِهِ ، فَإِنَّهُ تَعَذَّرَ اعْتِبَارُهُ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَهَذَيْنِ .

فصل : وَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ صَحِيحَ الطَّرَفَيْنِ ، مُتَقَطِّعَ الْوَسْطِ ، مِثْلُ أَنْ يَقِفَ عَلَى وَلَدِهِ ، ثُمَّ عَلَى عَبِيدِهِ^(٢٣) ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ . خُرَّجَ فِي صِحَّةِ الْوَقْفِ وَجْهَانِ ، كَمُتَقَطِّعِ الْإِنْتِهَاءِ ، ثُمَّ يُنْظَرُ فِيمَا لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ اعْتِبَارَ انْقِرَاضِهِ أَلْعَيْنَاهُ إِذَا قُلْنَا بِالصَّحَّةِ ، وَإِنْ أُمَكِّنَ اعْتِبَارَ انْقِرَاضِهِ فَهَلْ يُعْتَبَرُ أَوْ يُلْغَى ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، كَمَا تَقَدَّمَ ، وَإِنْ كَانَ مُتَقَطِّعَ الطَّرَفَيْنِ ، صَحِيحَ الْوَسْطِ كَرَجُلٍ وَقَفَ عَلَى عَبِيدِهِ ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِهِ ، ثُمَّ عَلَى الْكَنِيسَةِ ، خُرَّجَ فِي صِحَّتِهِ أَيْضًا وَجْهَانِ ، وَمُصَرِّفُهُ بَعْدَ مَنْ يَجُوزُ إِلَى مُصَرِّفِ الْوَقْفِ الْمُتَقَطِّعِ .

٩٢٤ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَمَنْ وَقَفَ فِي مَرَضِهِ الَّذِي مَاتَ فِيهِ ، أَوْ قَالَ : هُوَ وَقَفَ بَعْدَ مَوْتِي . وَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ ، وَقَفَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلْثِ ، إِلَّا أَنْ تُجِيزَ الْوَرَثَةُ)

وَجَمَلُهُ أَنَّ الْوَقْفَ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ ، بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ ، فِي اعْتِبَارِهِ مِنْ ثُلْثِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ ، فَاعْتَبِرَ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ مِنَ الثُّلْثِ ، كَالْعِنَقِ وَالْهَبَةِ . وَإِذَا خَرَجَ مِنَ الثُّلْثِ ، جَازَ مِنْ غَيْرِ رِضَا الْوَرَثَةِ ، وَلَزِمَ ، وَمَا زَادَ عَلَى الثُّلْثِ ، لَزِمَ الْوَقْفُ مِنْهُ فِي قَدْرِ الثُّلْثِ ،

(٢١) فِي الْأَصْلِ : « الْوَلَدِ » .

(٢٢) فِي م : « يَنْصَرَفُ » .

(٢٣) فِي الْأَصْلِ : « عَبِيدِهِ » .

وَوَقَفَ الزَّائِدُ عَلَى إِجَارَةِ الْوَرِثَةِ . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا عِنْدَ الْقَائِلِينَ بِلزومِ الْوَقْفِ ؛
وَذَلِكَ لِأَنَّ حَقَّ الْوَرِثَةِ تَعَلَّقَ بِالْمَالِ بِوُجُودِ الْمَرَضِ ، فَمَنَعَ التَّبَرُّعَ بِزِيَادَةِ عَلَى الثَّلَاثِ ،
كَالْعَطَايَا وَالْعَتَقِ . فَأَمَّا / إِذَا قَالَ : هُوَ وَقَفَ بَعْدَ مَوْتِي . فظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ أَنَّهُ ظ ١٥٧/٥
يَصِحُّ ، وَيُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ ، كَسَائِرِ الْوَصَايَا . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ . وَقَالَ
الْقَاضِي : لَا يَصِحُّ هَذَا ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيقُ لِلْوَقْفِ عَلَى شَرْطٍ ، وَتَعْلِيقُ الْوَقْفِ عَلَى شَرْطٍ غَيْرُ
جَائِزٍ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ عُلِّقَ عَلَى شَرْطٍ فِي حَيَاتِهِ ، وَحَمَلَ كَلَامَ الْخِرَقِيِّ عَلَى أَنَّهُ قَالَ : قِفُوا
بَعْدَ مَوْتِي . فَيَكُونُ وَصِيَّةً بِالْوَقْفِ لَا إِيقَافًا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : قَوْلُ الْخِرَقِيِّ هَذَا
يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ تَعْلِيقِ الْوَقْفِ عَلَى شَرْطٍ . وَلَنَا ، عَلَى صِحَّةِ الْوَقْفِ بِالْمُعَلَّقِ بِالْمَوْتِ ،
مَا اخْتَجَّ بِهِ الْإِمَامُ أَحْمَدُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ عَمْرَ وَصَّى ، فَكَانَ فِي وَصِيَّتِهِ : هَذَا مَا أَوْصَى
بِهِ عَبْدُ اللَّهِ عَمْرُ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ إِنْ حَدَثَ بِهِ حَدَثٌ ، أَنْ تُنْفَقَ صَدَقَةٌ . وَذَكَرَ بَقِيَّةَ الْخَبَرِ
وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ ^(١) ، وَرَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ بِنَحْوِ مِنْ هَذَا ، وَهَذَا نَصٌّ فِي
مَسَائِلِنَا ، وَوَقْفُهُ هَذَا كَانَ بِأَمْرِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَلِأَنَّهُ اشْتَهَرَ فِي الصَّحَابَةِ ، فَلَمْ يُنْكَرْ ،
فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَلِأَنَّ هَذَا تَبَرُّعٌ مُعَلَّقٌ بِالْمَوْتِ ، فَصَحَّ كَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ الْمُطْلَقَةِ ، أَوْ
نَقُولُ : صَدَقَةٌ مُعْلَقَةٌ بِالْمَوْتِ ، فَأُشْبِهَتْ غَيْرَ الْوَقْفِ . وَيُفَارِقُ هَذَا التَّعْلِيقَ عَلَى شَرْطٍ
فِي الْحَيَاةِ ، بِدَلِيلِ الْهَبَةِ الْمُطْلَقَةِ ، وَالصَّدَقَةِ ، وَغَيْرِهِمَا ، وَذَلِكَ لِأَنَّ هَذَا وَصِيَّةٌ ،
وَالْوَصِيَّةُ أَوْسَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي الْحَيَاةِ ، بِدَلِيلِ جَوَازِهَا بِالْمَجْهُولِ وَالْمَعْدُومِ ،
وَلِلْمَجْهُولِ ، وَلِلْحَمْلِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، وَبِهَذَا يَتَبَيَّنُ فَسَادُ قِيَاسِ مَنْ قَاسَ عَلَى هَذَا
الشَّرْطِ بَقِيَّةَ الشَّرْطِ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيقُ ابْتِدَاءِ الْوَقْفِ عَلَى شَرْطٍ فِي الْحَيَاةِ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : إِذَا جَاءَ
رَأْسُ الشَّهْرِ فَدَارِي وَقَفْتُ ، أَوْ فَرَسِي حَبَسَ ^(٢) ، أَوْ إِذَا وُلِدَ لِي وَلَدٌ ، أَوْ إِذَا قَدِمَ لِي ^(٣)

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٤ .

(٢) في م : « حبس » .

(٣) سقط من : الأصل .

غائبى . ونحو ذلك . ولا نَعْلَمُ فى هذا خلافاً ؛ لأنه نَقَلَ لِلْمَلِكِ فيما لم يَتَيْنَ على التَّغْلِيْبِ
والسُّرَايَةِ ، فلم يَجْزِ تَغْلِيْقُهُ على شَرْطٍ . كَالِهِيَةِ . وَسَوَى الْمُتَأَخَّرُونَ مِنْ أَصْحَابِنَا بَيْنَ
تَغْلِيْقِهِ بِالْمَوْتِ ، وَتَغْلِيْقِهِ بِشَرْطٍ فى الْحَيَاةِ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا فيما
قَبْلَ هَذَا .

فصل : وَإِنْ عَلَّقَ انْتِهَاءَهُ عَلَى شَرْطٍ ، نَحْوُ قَوْلِهِ : دَارِى وَقْفٌ إِلَى سَنَةٍ ، أَوْ إِلَى أَنْ
يَقْدَمَ الْحَاجُّ . لَمْ يَصِحَّ ، فى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِى مُقْتَضَى الْوَقْفِ ، فَإِنْ مُقْتَضَاهُ
التَّأْيِيدُ . وَفى الْآخَرِ يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ مُنْقَطِعُ الْانْتِهَاءِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَقَفَهُ عَلَى مُنْقَطِعِ
الْانْتِهَاءِ ، فَإِنْ حَكَمْنَا بِصِحَّتِهِ هَهُنَا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مُنْقَطِعِ الْانْتِهَاءِ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : هَذَا وَقْفٌ عَلَى وَلَدِى سَنَةً ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ . صَحَّ . وَكَذَلِكَ ١٥٨/٥
إِنْ قَالَ : هَذَا وَقْفٌ عَلَى وَلَدِى مُدَّةَ حَيَاتِى ، ثُمَّ هُوَ بَعْدَ مَوْتِى لِلْمَسَاكِينِ . صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ
وَقْفٌ مُتَّصِلُ الْإِبْتِدَاءِ وَالْانْتِهَاءِ . وَإِنْ قَالَ : وَقْفٌ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِى .
صَحَّ ، وَيَكُونُ وَقْفًا عَلَى الْمَسَاكِينِ ، وَيُلْغَى ^(٤) قَوْلُهُ : عَلَى أَوْلَادِى . لِأَنَّ الْمَسَاكِينَ
لَا انْقِرَاضَ لَهُمْ .

فصل : وَاخْتَلَفَتْ الرُّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ فى الْوَقْفِ فى مَرَضِهِ عَلَى بَعْضِ وَرَثَتِهِ ، فَعَنَى :
لَا يَجُوزُ ذَلِكَ ، فَإِنْ فَعَلَ وَقَفَ عَلَى إِجَازَةِ سَائِرِ الْوَرَثَةِ ، (فَإِنْ أَحْمَدُ قَالَ °) ، فى رِوَايَةِ
إِسْحَاقَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ ، فى مَنْ أَوْصَى لِأَوْلَادِهِ بِبَعْضِ أَرْضِهِ يُوقِفُ عَلَيْهِمْ ، فَقَالَ : إِنْ لَمْ يَرْتُوهُ
فَجَائِزٌ . فَظَاهِرٌ هَذَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِمْ فى الْمَرَضِ . اخْتَارَهُ أَبُو خَفْصٍ الْعُكْبَرِيُّ ،
وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَالرُّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَجُوزُ أَنْ يَقِفَ عَلَيْهِمْ ثَلَاثَةً ،
كَالْأَجَانِبِ ، فَإِنَّهُ قَالَ ، فى رِوَايَةِ جَمَاعَةٍ مِنْهُمْ الْمِمْوْنِيُّ : يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَقِفَ فى مَرَضِهِ

(٤) فى الْأَصْلِ : « وَيُلْغَوِ » .

(٥ - ٥) فى م : « قَالَ أَحْمَدُ » .

على وَرَثَتِهِ . فقيل له : أليس تَذْهَبُ إلى ^(٦) أَنَّهُ لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ ؟ فقال : نعم ، والْوَقْفُ
 غَيْرُ الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُورَثُ ، وَلَا يَصِيرُ مُلْكًا لِلْوَرِثَةِ يَنْتَفِعُونَ بِعَلَّتِهِ . وقال ،
 فِي رِوَايَةِ أَحْمَدَ بْنِ الْحَسَنِ ، فَإِنَّهُ صَرَّحَ فِي مَسْأَلَتِهِ بِوَقْفِ ثُلُثِهِ عَلَى بَعْضِ وَرَثَتِهِ دُونَ
 بَعْضٍ ، فَقَالَ : جَائِزٌ . قَالَ الْخُبَرِيُّ ^(٧) : وَأَجَازَ هَذَا الْأَكْثَرُونَ . وَاحْتَجَّ أَحْمَدُ ،
 بِحَدِيثِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : هَذَا مَا أَوْصَى بِهِ عَبْدُ اللَّهِ عُمَرُ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ،
 إِنْ حَدَّثَ بِهِ حَدَّثَ أَنْ تَمْعًا صَدَقَةً ، وَالْعَبْدَ الَّذِي فِيهِ ، وَالسَّهْمَ الَّذِي بِخَيْرٍ ، وَرَقِيقَهُ
 الَّذِي فِيهِ ، وَالْمِائَةَ وَسَقَى التِّي ^(٨) أَطْعَمَنِي مُحَمَّدٌ ﷺ ، ثَلَاثَةَ حَفْصَةٍ مَا عَاشَتْ ، ثُمَّ يَلِيهِ
 ذَوُو الرِّأْيِ مِنْ أَهْلِهِ ، لَا يُبَاعُ ، وَلَا يُشْتَرَى ، يُنْفَقُ حَيْثُ يَرَى مِنَ السَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ
 وَذَوِي الْقُرْبَى ، وَلَا حَرَجَ عَلَى مَنْ وَلِيَهُ إِنْ أَكَلَ أَوْ اشْتَرَى رَقِيقًا . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ بِنَحْوِ
 مِنْ هَذَا . فَالْحُجَّةُ أَنَّهُ جَعَلَ لِحَفْصَةَ أَنْ تَلِيَ وَقْفَهُ ، وَتَأْكُلَ مِنْهُ ، وَتَشْتَرِيَ رَقِيقًا . قَالَ
 الْمِمْمُونِيُّ : قُلْتُ لِأَحْمَدَ : إِنَّمَا أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ عُمَرَ بِالْإِقَافِ ، وَلَيْسَ فِي الْحَدِيثِ
 الْوَارِثُ . قَالَ : فَإِذَا كَانَ النَّبِيُّ ﷺ أَمْرَهُ وَهُوَ ذَا قَدْرٍ وَقَفَّهَا عَلَى وَرَثَتِهِ ، وَحَبَسَ الْأَصْلَ
 عَلَيْهِمْ جَمِيعًا ، وَلِأَنَّ الْوَقْفَ لَيْسَ فِي مَعْنَى الْمِلْكِ ^(٩) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ، فَهُوَ
 كَعَقْدِ الْوَارِثِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَخْصِيصٌ لِبَعْضِ الْوَرِثَةِ بِمَالِهِ فِي مَرَضِهِ ، / فَمُنِعَ مِنْهُ ،
 كَالِهَبَاتِ وَلِأَنَّ كُلَّ مَنْ لَا تَجُوزُ لَهُ الْوَصِيَّةُ بِالْعَيْنِ ، لَا تَجُوزُ بِالْمَنْفَعَةِ ، كَالْأَجْنَبِيِّ فِيمَا
 زَادَ عَلَى الثُّلُثِ . وَأَمَّا خَيْرُ عُمَرَ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَخُصَّ بَعْضَ الْوَرِثَةِ بِوَقْفِهِ ، وَالتَّرَاغُ إِنَّمَا هُوَ
 فِي تَخْصِيصِ بَعْضِهِمْ . وَأَمَّا جَعْلُ الْوَلَايَةِ لِحَفْصَةَ ، فَلَيْسَ ذَلِكَ وَقْفًا عَلَيْهَا ، فَلَا يَكُونُ
 ذَلِكَ وَارِدًا فِي مَحَلِّ التَّرَاغِ ، وَكَوْنُهُ اثْتِفَاعًا بِالْعَلَّةِ ، لَا يَقْتَضِي جَوَازَ التَّخْصِيصِ ،
 بِدَلِيلِ مَا لَوْ أَوْصَى لَوَرَثَتِهِ بِمَنْفَعَةِ عَبْدٍ ، لَمْ يَحْزَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُحْمَلَ كَلَامُ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ

ظ ١٥٨/٥

(٦) سقط من : م .

(٧) أبو حَكِيم عَبْدَ اللَّهِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْخُبَرِيُّ ، فقيه شافعي ، يعرف العربية ، ويكتب الخط الحسن ، ويضبط
 الضبط الحسن ، توفي سنة ست وسبعين وأربعمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٦٢/٥ ، ٦٣ .

(٨) في م « الذي » .

(٩) في م : « المال » .

الجماعة ، على أنه وَقَفَ على جميع الورثة ، ليكونَ على وفقِ حديثِ عمرَ ، وعلى وفقِ الدليل الذي ذكرنا .

فصل : فإن وَقَفَ داره ، وهي تَخْرُجُ من الثلث ، بين ابنه وبنته نصفين ، في مَرَضٍ مَوْتِهِ ، فعلى رواية الجماعة يَصِحُّ الوقف ، ويلزم ؛ لأنه لما كان يجوزُ له تَخْصِيصُ البنتِ بوقف الدار كلها ، فينصفها أولى . وعلى الرواية التي نَصَرْنَاهَا ، إن أجازَ الابنُ ذلكَ جاز ، وإن لم يُجزه بطل الوقف فيما زاد على نصيبِ البنتِ ، وهو السُدُسُ ، ويرجعُ إلى الابنِ ملكًا ، فيكونُ له النصفُ وقفًا ، والسُدُسُ ملكًا طلقًا^(١٠) ، والثلثُ للبنتِ جميعه وقفًا . ويَحْتَمِلُ^(١١) أن يَبْطُلَ الوقفُ في نصفٍ ما وَقَفَ على البنتِ ، وهو الرُّبُعُ ، وَيَقَى ثلاثة أرباع الدارِ وقفًا ، ينصفها^(١٢) للابنِ ، ورُبُعُها للبنتِ ، والرُّبُعُ الذي بطل الوقفُ فيه بينهما اثلاثًا ، للابنِ ثلثاه ، وللبنتِ ثلثه ، وتَصِحُّ المسألةُ من اثني عشر ؛ للابنِ سِتَّةُ أسهمٍ وقفًا وسَهْمَانِ ملكًا ، وللبنتِ ثلاثة أسهمٍ وقفًا وسَهْمٌ ملكًا . ولو وَقَفَها على ابنه وزوجته نصفين ، وهي تَخْرُجُ من الثلثِ ، فردَّ الابنُ ، صَحَّ الوقفُ على الابنِ في نصفها ، وعلى المرأة في ثمنها ، وللابنِ إبطالُ الوقفِ في ثلاثة أثمانها ، فترجعُ إليه ملكًا على الوجه الأول ، وعلى الوجه الثاني ، يَصِحُّ الوقفُ على الابنِ في نصفها ، وهو أربعة أسباع نصيبه ، ويرجعُ إليه^(١٣) باقى نصيبه^(١٣) ملكًا ، ويَصِحُّ الوقفُ في أربعة أسباع الثمن الذي للمرأة ، وباقيه يكون لها ملكًا ، فاضرب سبعة في ثمانية ، تكون سِتَّةٌ وخمسين ، للابنِ ثمانية وعشرون وقفًا ، وأحد وعشرون ملكًا ، وللمرأة أربعة أسهمٍ وقفًا ، وثلاثة ملكًا . وهكذا ذَكَرَ أصحابُ الشافعي . فأمَّا إن

(١٠) في م : « مطلقا » .

(١١) في النسخ : « ويحمل » .

(١٢) في م : « ونصفها » .

(١٣ - ١٣) سقط من : م .

كانت الدَّارُ جَمِيعَ مِلْكِهِ ، فَوْقَهَا كُلُّهَا ، فعلى ما اخْتَرَنَاهُ ، الْحُكْمُ فِيهَا كَمَا لَوْ كَانَتْ تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ ، فَإِنَّ الْوَارِثَ فِي جَمِيعِ الْمَالِ كَالْأَجْنَبِيِّ فِي الرَّائِدِ عَنِ الثُّلُثِ ، وَأَمَّا عَلَى / مَا رَوَاهُ الْجَمَاعَةُ ، فَإِنَّ الْوَقْفَ يَلْزَمُ فِي الثُّلُثِ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِ الْوَرِثَةِ ، وَفِيمَا زَادَ فَلَهُمَا إِبْطَالُ الْوَقْفِ فِيهِ ، وَلِلْأَبْنِ إِبْطَالُ التَّسْوِيَةِ ، ^(١٤) فَإِنْ اخْتَارَ إِبْطَالُ التَّسْوِيَةِ ^(١٥) دُونَ إِبْطَالِ الْوَقْفِ ، خُرَجَ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ يَنْطَلُ الْوَقْفُ فِي التَّسْعِ ، وَيَرْجِعُ إِلَيْهِ مِلْكًا ، فَيَصِيرُ لَهُ النِّصْفُ وَقَفًا ، وَالتَّسْعُ مِلْكًا ، وَيَكُونُ لِلْبَيْتِ السُّدُسُ وَالتَّسْعَانِ وَقَفًا ؛ لِأَنَّ الْإِبْنَ إِنَّمَا يَمْلِكُ ^(١٥) إِبْطَالُ الْوَقْفِ فِي مَا لَهُ دُونَ مَا لِغَيْرِهِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، أَنَّ لَهُ إِبْطَالُ الْوَقْفِ فِي السُّدُسِ ، وَيَصِيرُ لَهُ النِّصْفُ وَقَفًا ، وَالتَّسْعُ مِلْكًا ، وَلِلْبَيْتِ الثُّلُثُ وَقَفًا ، وَنِصْفُ التَّسْعِ مِلْكًا ؛ لِأَنَّ تَزَادَ الْبَيْتُ عَلَى الْإِبْنِ فِي الْوَقْفِ . وَتَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ فِي هَذَا الْوَجْهِ مِنْ ثَمَانِيَةِ عَشَرَ ، لِلْإِبْنِ تِسْعَةٌ وَقَفًا وَسَهْمَانِ مِلْكًا ، وَلِلْبَيْتِ سِتَّةُ أَشْهُمٍ وَقَفًا وَسَهْمٌ مِلْكًا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَهُ إِبْطَالُ الْوَقْفِ فِي الرَّبْعِ كُلِّهِ ، وَيَصِيرُ لَهُ النِّصْفُ وَقَفًا وَالسُّدُسُ مِلْكًا ، وَيَكُونُ لِلْبَيْتِ الرَّبْعُ وَقَفًا وَنِصْفُ السُّدُسِ مِلْكًا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ الدَّارُ تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ ، وَتَصِحُّ مِنْ أَثْنَى عَشَرَ .

٩٢٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا حَرِبَ الْوَقْفُ ، وَلَمْ يَرُدَّ شَيْئًا ، بَيْعَ ، وَاشْتَرَى بِثَمَنِهِ مَا يَرُدُّ عَلَى أَهْلِ الْوَقْفِ ، وَجُعِلَ وَقَفًا كَالْأَوَّلِ ، وَكَذَلِكَ الْفَرَسُ الْحَبِيسُ ^(١) إِذَا لَمْ يَصْلُحْ لِلْغَزْوِ ، بَيْعَ ، وَاشْتَرَى بِثَمَنِهِ مَا يَصْلُحُ لِلْجِهَادِ)

وجملة ذلك أَنَّ الْوَقْفَ إِذَا حَرِبَ ، وَتَعَطَّلَتْ مَنَافِعُهُ ، كَدَارٍ انْهَدَمَتْ ، أَوْ أَرْضٍ حَرِبَتْ ، وَعَادَتْ مَوَاتًا ، وَلَمْ تُمَكِّنْ عِمَارَتُهَا ، أَوْ مَسْجِدًا تَقِلُّ أَهْلُ الْقَرْيَةِ عَنْهُ ، وَصَارَ فِي مَوْضِعٍ لَا يُصَلَّى فِيهِ ، أَوْ ضَاقَ بِأَهْلِهِ وَلَمْ يُمَكِّنْ تَوْسِيعُهُ ^(٢) فِي مَوْضِعِهِ ،

(١٤ - ١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) في م : ملك .

(١) في الأصل : الحبس .

(٢) في الأصل : توسعته .

أَوْ تَشْعَبَ^(٣) جَمِيعُهُ فَلَمْ تُمْكِنْ عِمَارَتَهُ وَلَا عِمَارَةَ بَعْضِهِ إِلَّا بَيْعَ بَعْضِهِ ، جَازَ بَيْعُ بَعْضِهِ لِتَعَمَّرَ بِهِ بَقِيَّتُهُ . وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ الْإِثْفَاعُ بِشَيْءٍ مِنْهُ ، يَبِيعُ جَمِيعَهُ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ : إِذَا كَانَ فِي الْمَسْجِدِ خَشَبَتَانِ ، لِهَمَا قِيَمَةٌ ، جَازَ بَيْعُهُمَا وَصَرَفُ ثَمَنِيهِمَا عَلَيْهِ . وَقَالَ ، فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ : يُحَوَّلُ الْمَسْجِدُ خَوْفًا مِنَ اللَّصُوصِ ، وَإِذَا كَانَ مَوْضِعُهُ قَدْرًا . قَالَ الْقَاضِي : يَعْنِي إِذَا كَانَ ذَلِكَ يَمْنَعُ مِنَ الصَّلَاةِ فِيهِ . وَنَصَّ عَلَى جَوَازِ بَيْعِ عَرْصَتِهِ ، فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ ، وَتَكُونُ الشَّهَادَةُ فِي ذَلِكَ عَلَى الْإِمَامِ . قَالَ أَبُو بَكْرِ : وَقَدَرَوْى عَلَى بْنِ سَعِيدٍ ، أَنَّ الْمَسَاجِدَ لَا تَبَاعُ ، وَإِنَّمَا تُنْقَلُ الشُّهُا . قَالَ : وَبِالْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَقُولُ ؛ لِاجْمَاعِهِمْ عَلَى جَوَازِ بَيْعِ الْفَرَسِ الْحَبِيسِ^(٤) - يَعْنِي الْمَوْقُوفَةَ عَلَى الْعَزْوِ - إِذَا كَبُرَتْ ، فَلَمْ تَصْلُحْ لِلْعَزْوِ ، وَأُمْكِنَ الْإِثْفَاعُ بِهَا فِي شَيْءٍ آخَرَ ، مِثْلَ أَنْ تَذَوَّرَ فِي الرَّحَى ، أَوْ يُحْمَلَ عَلَيْهَا تُرَابٌ ، أَوْ تَكُونَ الرَّغْبَةُ فِي تَنَاجُهَا ، أَوْ حِصَانًا / يَتَّخِذُ لِلطَّرَاقِ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهَا ، وَيُشْتَرَى بِثَمَنِهَا مَا يَصْلُحُ لِلْعَزْوِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : إِذَا خَرِبَ الْمَسْجِدُ أَوْ الْوَقْفُ ، عَادَ إِلَى مِلْكٍ وَاقِفِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ إِنَّمَا هُوَ تَسْبِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، فَإِذَا زَالَتْ مَنَفَعَتُهُ ، زَالَ حَقُّ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ مِنْهُ ، فَزَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا يَجُوزُ بَيْعُ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « لَا يَبَاعُ أَصْلُهَا ، وَلَا تَبْتِاعُ ، وَلَا تُوهَبُ ، وَلَا تُورَثُ »^(٥) . وَلِأَنَّ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ مَعَ بَقَاءِ مَنَافِعِهِ ، لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ مَعَ^(٦) تَعْطِيلِهَا ، كَالْمُعْتَقِ ، وَالْمَسْجِدِ أَشْبَهُ الْأَشْيَاءِ بِالْمُعْتَقِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، كَتَبَ إِلَى سَعْدٍ ، لَمَّا بَلَغَهُ أَنَّهُ قَدْ نُقِبَ^(٧) ثَبْتُ الْمَالِ الذِّي بِالْكُوفَةِ ، أَنَّ^(٨) انْقُلَ الْمَسْجِدَ الذِّي بِالتَّمَارِينِ ، وَاجْعَلْ ثَبْتُ

(٣) فِي الْأَصْلِ : « تَشْعَبَ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « الْحَبِيسِ » .

(٥) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ١٨٤ .

(٦) فِي مَزِيدٍ : « بَقَاءِ » .

(٧) نُقِبَ ؛ بَفَتْحِ الْقَافِ : تَخَرَّقَ . وَنُقِبَ ؛ بِالْبَاءِ لِلْمَجْهُولِ : نَقَبَهُ بَعْضُ النَّاسِ .

(٨) سَقَطَ مِنْ : م .

المال في قبلة المسجد ، فإنه لن يزال في المسجد مُصَلٍّ^(٩) . وكان هذا بمشهد من الصحابة ، ولم يظهر خلافه ، فكان إجماعاً . ولأن فيما ذكرناه استبقاء الوقف بمعناه عند تعدد إبقائه بصورته ، فوجب ذلك ، كما لو استولدت الجارية الموقوفة ، أو قبلها غيره . قال ابن عقيل : الوقف مؤبد ، فإذا لم يمكن تأييده على وجه ، يُخصَّصه^(١٠) استبقاء الغرض ، وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى ، وإيصال الأبدال جرى مجرى الأعيان ، وجمودنا على العين مع تعطيلها تضييع للغرض . ويقرب هذا من الهدي إذا عطب^(١١) في السفر^(١٢) ، فإنه يُدْبَحُ في الحال ، وإن كان يختص بموضع ، فلما تعدد تحصيل الغرض بالكلية ، استوفى منه ما أمكن ، وترك مراعاة المحل الخاص عند تعدده ؛ لأن مراعاته مع تعدده تُفْضِي إلى فوات الانتفاع بالكلية ، وهكذا الوقف المعطل المتافع . ولنا ، على محمد بن الحسن ، أنه إذا أُلِّقَ ملك على وجه القرية ، فلا يعود إلى ملكه باختلاله ، وذهاب منافع كالعتق .

فصل : وظاهر كلام الخرقى ، أن الوقف إذا بيع ، فأى شيء اشترى بثمنه مما يرد على أهل الوقف جاز ، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه ؛ لأن المقصود المنفعة ، لا الجنس ، لكن تكون المنفعة مصروفة إلى المصلحة التي كانت الأولى تُصرف فيها ؛ لأنه لا يجوز تغيير المصرف مع إمكان المحافظة عليه ، كما لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به .

فصل : وإذا لم يكف^(١٣) ثمن الفرس الحبيس^(١٤) لشراء فرس أخرى ، أعين / به في شراء فرس حبيس يكون بعض الثمن . نص عليه أحمد ؛ لأن المقصود

١٦٠/٥ و

(٩) سقط من : الأصل . وفي م : « مصل » ، والمثبت من الشرح الكبير ٣ / ٤٢٠ .

(١٠) في الأصل : « تخصيصه » .

(١١ - ١٢) سقط من : الأصل .

(١٢) في م : « يف » .

(١٣) في الأصل : « الحبس » .

استيفاء^(١٤) مَنَعَةِ الْوَقْفِ الْمُمكنِ اسْتِيفَاؤُهَا^(١٥) ، وصيانتها عن الضياع ، ولا سبيل إلى ذلك إلا بهذه الطريق .

فصل : وإن لم تَعْتَطَلْ مَنَعَةُ^(١٦) الْوَقْفِ بِالْكُلِّيَّةِ ، لكن قَلْتُ ، وكان غيره أنْفَعَ منه وأكثر رَدًّا على أهلِ الْوَقْفِ ، لم يَجُزْ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ تَحْرِيمُ الْبَيْعِ ، وَإِنَّمَا أُبِيحَ لِلضَّرُورَةِ ، صِيَانَةُ لِمَقْصُودِ الْوَقْفِ عَنِ الضَّيَاعِ ، مع إمكانِ تَحْصِيلِهِ ، ومع الْإِثْنَاعِ ، وإن قَلَّ مَا يَضِيعُ الْمَقْصُودُ ، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَبْلُغَ فِي قَلَّةِ النِّفَعِ إِلَى حَدٍّ لَا يُعَدُّ نَفْعًا ، فيكونُ وُجُودُ ذَلِكَ كَالْعَدَمِ .

فصل : قال أحمدُ ، في رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ ، في مَسْجِدٍ أَرَادَ أَهْلُهُ رَفْعَهُ مِنَ الْأَرْضِ ، وَيُجْعَلُ تَحْتَهُ سِقَايَةٌ وَحَوَانِيتُ ، فامتنع بعضهم من ذلك : فيَنْظُرُ إِلَى قَوْلِ أَكْثَرِهِمْ . واخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي تَأْوِيلِ كَلَامِ أَحْمَدَ ، فَذَهَبَ ابْنُ حَامِدٍ إِلَى أَنَّ هَذَا فِي مَسْجِدٍ أَرَادَ أَهْلُهُ إِنِّشَاءَهُ ابْتِدَاءً ، واخْتَلَفُوا كَيْفَ يُعْمَلُ ؟ وَسَمَّاهُ مَسْجِدًا قَبْلَ بَنَائِهِ تَجَوُّزًا ؛ لِأَنَّ مَالَهُ إِلَيْهِ ، أَمَا بَعْدَ كَوْنِهِ مَسْجِدًا لَا يَجُوزُ جَعْلُهُ سِقَايَةً وَلَا حَوَانِيتَ . وَذَهَبَ الْقَاضِي إِلَى ظَاهِرِ اللَّفْظِ ، وَهُوَ أَنَّهُ كَانَ مَسْجِدًا ، فَأَرَادَ أَهْلُهُ رَفْعَهُ ، وَجَعَلَ مَاتِحَتَهُ سِقَايَةً لِحَاجَتِهِمْ إِلَى ذَلِكَ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ وَأَوْلَى ، وَإِنْ خَالَفَ الظَّاهِرَ ؛ فَإِنَّ الْمَسْجِدَ لَا يَجُوزُ نَقْلُهُ ، وَإِبْدَالُهُ ، وَبَيْعُ سَاحَتِهِ ، وَجَعْلُهَا سِقَايَةً وَحَوَانِيتَ ، إِلَّا عِنْدَ تَعَدُّرِ الْإِثْنَاعِ بِهِ ، وَالْحَاجَةُ إِلَى سِقَايَةٍ وَحَوَانِيتَ لَا تُعْطَلُ نَفْعُ الْمَسْجِدِ ، فَلَا يَجُوزُ صَرْفُهُ فِي ذَلِكَ ، وَلَوْ جَازَ جَعْلُ أَسْفَلِ الْمَسْجِدِ سِقَايَةً وَحَوَانِيتَ لِهَذِهِ الْحَاجَةِ ، لَجَازَ تَخْرِيبُ الْمَسْجِدِ وَجَعْلُهُ سِقَايَةً وَحَوَانِيتَ ، وَيَجْعَلُ بَدْلَهُ مَسْجِدًا فِي مَوْضِعٍ آخَرَ . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، فِي مَسْجِدٍ لَيْسَ بِحَصِينٍ مِنَ الْكِلَابِ ، وَلَهُ مَنَارَةٌ ، فَرَخَّصَ فِي نَقْضِهَا ، وَبِنَاءِ حَائِطِ الْمَسْجِدِ بِهَا لِلْمَصْلَحَةِ .

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « اسْتِيفَاءٌ » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « اسْتِيفَاؤُهَا » .

(١٦) فِي م : « مَصْلَحَةٌ » .

فصل : ولا يجوز أن يُغرسَ في المسجدِ شجرةٌ . نصَّ عليه أحمدُ ، وقال : إن كانت غُرِسَتِ النَّخْلَةُ بعد أن صارَ مسجدًا ، فهذه غُرِسَتْ بغيرِ حقٍّ ، فلا أُحِبُّ الأكلَ منها ، ولو قَلَعَهَا الإمامُ لجازَ ؛ وذلك لأنَّ المسجدَ لم يُبنَ لهذا ، وإنما بُنِيَ لِذِكْرِ اللَّهِ والصَّلَاةِ وقراءةِ القرآنِ ، ولأنَّ الشَّجَرَةَ تُؤْذِي المسجدَ وتَمْنَعُ الْمُصَلِّينَ من الصَّلَاةِ في مَوَاضِعِهَا ، وَيَسْقُطُ وَرْقُهَا في المسجدِ وتَمُرُّهَا ، وتَسْقُطُ عَلَيْهَا الْعَصَايِرُ وَالطَّيْرُ / فتَبُولُ في المسجدِ ، وربما اجْتَمَعَ الصَّبَّيَّانُ في المسجدِ من أَجْلِهَا ، ورَمَوْهَا بِالْحِجَارَةِ لَيْسَقُطَ ثَمَرُهَا . فأما إن كانت النَّخْلَةُ في أَرْضٍ ، فجَعَلَهَا صَاحِبُهَا مَسْجِدًا وَالنَّخْلَةُ فِيهَا ، فلا بَأْسَ . قال أحمدُ في مَوْضِعٍ : لا بَأْسَ . يَعْنِي أَنْ يَبِيعَهَا مِنَ الْجِيرَانِ . وقال ، في رِوَايَةٍ أَبِي طَالِبٍ ، فِي التَّبَقَةِ : لا تَبَاغُ ، وَتُجْعَلُ لِلْمُسْلِمِينَ وَأَهْلِ الدَّرَبِ يَأْكُلُونَهَا . وذلك ، والله أَعْلَمُ ، لأنَّ صَاحِبَ الْأَرْضِ لَمَّا جَعَلَهَا مَسْجِدًا وَالنَّخْلَةُ فِيهَا ، فَقَدْ وَقَفَ الْأَرْضَ وَالنَّخْلَةَ مَعَهَا ، وَلَمْ يُعَيِّنْ مَصْرَفَهَا ، فَصَارَتْ كَالْوَقْفِ الْمُطْلَقِ الَّذِي لَمْ يُعَيِّنْ لَهُ مَصْرَفٌ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِيهِ مِنْ إِحْدَى الرِّوَايَاتِ ، أَنَّهُ لِلْمَسَاكِينِ . فأما إن قال صَاحِبُهَا : هَذِهِ وَقَفَ عَلَى الْمَسْجِدِ . فَيَنْبَغِي أَنْ يُبَاعَ ثَمَرُهَا ، وَيُصْرَفَ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ وَقَفَهَا عَلَى الْمَسْجِدِ وَهِيَ فِي غَيْرِهِ . قال أَبُو الْحَطَّابِ : عِنْدِي أَنَّ الْمَسْجِدَ إِذَا احتَاجَ إِلَى ثَمَنِ ثَمَرَةِ الشَّجَرَةِ ، يَبِيعُ ، وَصْرَفَ ثَمَنُهَا فِي عِمَارَتِهِ . قال : وَقَوْلُ أَحْمَدَ : يَأْكُلُهَا الْجِيرَانُ . مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُمْ يَغْمُرُونَهُ .

فصل : وما فَضَّلَ مِنْ حُصْرِ الْمَسْجِدِ وَزَيَّتِهِ ، وَلَمْ يُحْتَجْ إِلَيْهِ ، جَازَ أَنْ يُجْعَلَ فِي مَسْجِدٍ آخَرَ ، أَوْ يُتَصَدَّقَ مِنْ ذَلِكَ عَلَى فَقَرَاءِ جِيرَانِهِ وَغَيْرِهِمْ ، وَكَذَلِكَ إِنْ فَضَّلَ مِنْ قَصْبِهِ أَوْ شَيْءٍ مِنْ نَقْضِهِ . قال أحمدُ ، فِي مَسْجِدٍ بُنِيَ ، فَبَقِيَ مِنْ خَشْبِهِ أَوْ قَصْبِهِ أَوْ شَيْءٍ مِنْ نَقْضِهِ ، فَقَالَ : يُعَانُ فِي مَسْجِدٍ آخَرَ . أَوْ كَمَا قَالَ . وَقَالَ الْمَرْوُذِيُّ : سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنْ بَوَارِي الْمَسْجِدِ ^(١٧) ، إِذَا فَضَّلَ مِنْهُ الشَّيْءُ ، أَوْ الْحَشْبَةُ . قَالَ :

(١٧) بوارى المسجد : حصره .

يُتَصَدَّقُ بِهِ . وَارَى أَنَّهُ قَدْ اخْتَجَّ بِكُسُوفِ الْبَيْتِ إِذَا تَخَرَّقَتْ تُصَدَّقُ بِهَا . وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ : قَدْ كَانَ شَيْئُهُ يُتَصَدَّقُ بِخُلُقَانِ الْكَعْبَةِ . وَرَوَى الْخَلَّالُ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلْقَمَةَ ، عَنْ أُمِّهِ ، أَنَّ شَيْبَةَ بْنَ عُمَانَ الْحَجَبِيَّ ، جَاءَ إِلَى عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، فَقَالَ : يَا أُمُّ الْمُؤْمِنِينَ ، إِنَّ ثِيَابَ الْكَعْبَةِ تَكْثُرُ عَلَيْهَا ، فَتَنْزِعُهَا ، فَتَحْفِرُ لَهَا آبَارًا فَتَدْفِنُهَا فِيهَا ، حَتَّى لَا تَلْبِسَهَا الْحَائِضُ وَالْجُنُبُ . قَالَتْ عَائِشَةُ : بِئْسَ مَا صَنَعْتَ ، وَلَمْ تُصِيبْ ، إِنَّ ثِيَابَ الْكَعْبَةِ إِذَا نَزِعَتْ لَمْ يَضُرَّهَا مَنْ لَبِسَهَا مِنْ حَائِضٍ أَوْ جُنُبٍ ، وَلَكِنْ لَوْ بَعَثْتَهَا ، وَجَعَلْتَ ثَمَنَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالْمَسَاكِينِ . فَكَانَ شَيْبَةُ يُبْعَثُ بِهَا إِلَى الْيَمَنِ ، فُتَبَاغُ ، فَيُضَعُ ثَمَنُهَا حَيْثُ أَمَرَتْهُ عَائِشَةُ . وَهَذِهِ قِصَّةٌ مِثْلُهَا يَتَنَشَّرُ ، وَلَمْ يُنَكَّرْ ، فَيَكُونُ إِجْمَاعًا ^(١٨) ، وَلِأَنَّهُ مَالُ اللَّهِ تَعَالَى ، لَمْ يَتَّقْ لَهُ مَصْرِفٌ ، فَصُرِفَ إِلَى الْمَسَاكِينِ ، كَالْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ .

فصل : إِذَا جَنَى الْوَقْفُ جِنَايَةً تُوجِبُ الْقِصَاصَ ، وَجَبَ / ، سَوَاءٌ كَانَتْ الْجِنَايَةُ عَلَى الْمُوقُوفِ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى غَيْرِهِ . فَإِنْ قُتِلَ بَطَلَ الْوَقْفُ فِيهِ ، وَإِنْ قُطِعَ كَانَ بَاقِيَهُ وَقْفًا ، كَمَا لَوْ تَلَفَ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى . وَإِنْ كَانَتْ الْجِنَايَةُ مُوجِبَةً لِلْمَالِ ، لَمْ يُمَكِّنْ تَعَلُّقُهَا بِرَقَبَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ بَيْعُهَا ، وَيَجِبُ أَرْضُهَا عَلَى الْمُوقُوفِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ تَعَلَّقَ أَرْضُهُ بِرَقَبَتِهِ ، فَكَانَ عَلَى مَالِكِهِ ، كَأَمُّ الْوَلَدِ . وَلَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَتِهِ كَأَمُّ الْوَلَدِ . وَإِنْ قُلْنَا : الْوَقْفُ لَا يُمْلِكُ . فَلَا أَرْضُ فِي كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ تَعَلُّقُهُ بِرَقَبَتِهِ لِكَوْنِهَا لَا تَبَاغُ ، وَبِالْمُوقُوفِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ ، فَكَانَ فِي كَسْبِهِ ، كَالْحَرِّ يَكُونُ فِي مَالِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ فِي بَيْتِ الْمَالِ ، كَأَرْضِ جِنَايَةِ الْحُرِّ الْمُعْسِرِ . وَهَذَا احْتِمَالٌ ضَعِيفٌ جَدًّا ؛ فَإِنَّ الْجِنَايَةَ إِنَّمَا تَكُونُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ، فِي صُورَةٍ تَحْمِلُهَا الْعَاقِلَةُ عِنْدَ عَدَمِهَا ، وَجِنَايَةُ الْعَبْدِ لَا تَحْمِلُهَا الْعَاقِلَةُ . وَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْأَرْضُ فِي كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مُسْتَحَقٌّ مُعَيَّنٌ يُمَكِّنُ إِيحَابَ الْأَرْضِ عَلَيْهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ تَعَلُّقُهُ بِرَقَبَتِهِ ، لِتَعَذُّرِ بَيْعِهَا ، فَتَعَيَّنَ فِي كَسْبِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ فِي بَيْتِ الْمَالِ .

(١٨) سقط من : م .

فصل : وإن جُنِيَ على الوقف جناية موجبة للمال ، وَجَبَ ؛ لأن مَالِيَّتَهُ لم تَبْطُلْ ، ولو بَطَلَتْ مَالِيَّتُهُ لم يَبْطُلْ أَرْضُ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ ، فَإِنَّ الْحُرَّ يَجِبُ أَرْضُ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ ، فَإِنْ قُتِلَ وَجَبَتْ قِيمَتُهُ ، وليس لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ الْعَفْوُ عَنْهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْتَصُّ بِهَا ، وَيُشْتَرَى بِهَا مِثْلُ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ يَكُونُ وَقْفًا . وقال بعضُ الشافِعِيَّةِ : يَخْتَصُّ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ إِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ يَمْلِكُ الْمَوْقُوفَ ، لِأَنَّهُ بَدَلُ مِلْكِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مِلْكٌ لَا يَخْتَصُّ بِهِ ، فلم يَخْتَصَّ بِبَدَلِهِ ، كَالْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ الْمَرْهُونِ ، وَبَيَانُ عَدَمِ الْاِخْتِصَاصِ ظَاهِرٌ ، فَإِنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الْبَطْنِ الثَّانِي ، فلم يَجُزْ إِبْطَالُهُ . وَلَا نَعْلَمُ قَدْرَ مَا يَسْتَحِقُّ هَذَا مِنْهُ فِعْعُوه^(١٩) عَنْهُ ، فلم يَصِحَّ الْعَفْوُ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَ رَجُلٌ رَهْنًا ، أُخِذَتْ مِنْهُ قِيمَتُهُ فَجُعِلَتْ رَهْنًا ، ولم يَصِحَّ عَفْوُ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْهُ . وَإِنْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ عَمْدًا مُحَضًّا مِنْ مُكَافِئَةٍ لَهُ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ مَحَلٌّ لَا يَخْتَصُّ بِهِ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ، فلم يَجُزْ أَنْ يَفْتَضَّ مِنْ قَاتِلِهِ ، كَالْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ . وقال بعضُ أَصْحَابِ الشافِعِيَّةِ : يَكُونُ ذَلِكَ إِلَى الْإِمَامِ ، فَإِنْ قُطِعَتْ يَدُ الْعَبْدِ أَوْ طَرَفٌ مِنْ أَطْرَافِهِ ، فَالْقِصَاصُ لَهُ ، وَلَهُ اسْتِيفَاؤُهُ ؛ / لِأَنَّهُ لَا يُشَارِكُهُ فِيهِ غَيْرُهُ ، وَإِنْ كَانَ الْقَطْعُ لَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ ، أَوْ يُوجِبُهُ فِعْعِي / ظ ١٦١/٥ عَنْهُ ، وَجَبَ نِصْفُ قِيمَتِهِ ، فَإِنْ أُمِكنَ أَنْ يُشْتَرَى بِهَا عَبْدٌ كَامِلٌ ، وَلَا اشْتَرَى بِهَا شِقْصٌ مِنْ عَبْدٍ .

فصل : ويجوزُ تَرْوِيجُ الْأَمَةِ الْمَوْقُوفَةِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَنَفَعَتِهَا ، أَشْبَهَ الْإِجَارَةَ ، وَلِأَنَّ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِ لَا يَمْلِكُ اسْتِيفَاءَ هَذِهِ الْمَنَفَعَةِ ، فَلَا يَتَضَرَّرُ بِتَمْلِيكِ غَيْرِهِ إِيَّاهَا ، وَوَلِيُّهَا الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَُا مِلْكُهُ ، وَالْمَهْرُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ نَفْعِهَا ، أَشْبَهَ الْأَجْرَ فِي الْإِجَارَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ تَرْوِيجُهَا ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى نَفْعِهَا فِي الْعُمُرِ ، فَيُفْضَى إِلَى تَفْوِيتِ نَفْعِهَا فِي حَقِّ الْبَطْنِ الثَّانِي ، وَلِأَنَّ النِّكَاحَ يَتَعَلَّقُ بِهِ حُقُوقٌ ؛ مِنْ وَجُوبِ تَمْكِينِ الزَّوْجِ مِنْ اسْتِمْتَاعِهَا ،^(٢٠) وَمَيْتَتِهَا عِنْدَهُ^(٢١) ، فَتَفْوُتُ خِدْمَتُهَا فِي اللَّيْلِ عَلَى الْبَطْنِ

(١٩) فِي م : ١ : فَنَعْفُو .

(٢٠ - ٢١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

الثانى ، إلا أن تَطْلُبَ التَّزْوِيجَ ، فَيَتَعَيَّن تَزْوِيجُهَا ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَهَا طَلَبُهُ ، فَتَتَعَيَّنُ^(٢١) الإِجَابَةُ إِلَيْهِ ، وَمَافَاتٍ مِنَ الْحَقِّ بِهِ ، فَاتَّيَبَعًا لِإِيفَائِهَا حَقَّهَا ، فَوَجَبَ ذَلِكَ ، كَمَا يَجِبُ تَزْوِيجُ الْأُمَةِ غَيْرِ الْمَوْقُوفَةِ إِذَا طَلَبَتْ ذَلِكَ . وَإِذَا زَوَّجَهَا فَوَلَدَتْ مِنَ الزَّوْجِ ، فَوَلَدَهَا وَقَفٌ مَعَهَا^(٢٢) ؛ لِأَنَّ وَلَدَ كُلِّ ذَاتِ رَحِمٍ تَثَبُّتٌ لَهَا حُرْمَةٌ ، حُكْمُهُ حُكْمُهَا ، كَأُمِّ الْوَلَدِ وَالْمَكَاتِبَةِ . وَإِنْ أَكْرَهَهَا^(٢٣) أَجْنَبَى ، فَوَطَّعَهَا ، أَوْ طَاوَعْتَهُ ، فَعَلِيهِ الْحَدُّ إِذَا انْتَفَتِ الشُّبْهَةُ ، وَعَلِيهِ الْمَهْرُ لِأَهْلِ الْوَقْفِ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ جَارِيَةَ غَيْرِهِ ، أَشْبَهَ الْأُمَةَ الْمُطْلَقَةَ ، وَوَلَدَهَا يَكُونُ وَقْفًا مَعَهَا . وَإِنْ وَطَّعَهَا بِشُبْهَةٍ يَعْتَقِدُهَا حُرَّةً ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ ، وَلَوْ كَانَ الْوَاطِئُ عَبْدًا ، وَتَجِبَ قِيمَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مِنْ سَبِيلِهِ أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا ، فَمَنْعُهُ اعْتِقَادُ الْحُرِّيَّةِ مِنَ الرِّقِّ ، فَوَجَبَتْ قِيمَتُهُ يُشْتَرَى بِهَا عَبْدٌ يَكُونُ وَقْفًا^(٢٤) ، وَتُعْتَبَرُ^(٢٥) قِيمَتُهُ يَوْمَ تَضَعُهُ حَيًّا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَقْوِيمُهُ قَبْلَ ذَلِكَ .

فصل : وليس لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ وَطْءُ الْأُمَةِ الْمَوْقُوفَةِ ؛ لِأَنَّ^(٢٦) لَا تَأْمَنُ حَبْلَهَا ، فَتَنْقُصُ أَوْ تَتَلَفُ أَوْ تَخْرُجُ مِنَ الْوَقْفِ بِكَوْنِهَا أُمًّا وَلَدٌ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ نَاقِصٌ ، فَإِنْ وَطِئَ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِلشُّبْهَةِ ، وَلَا مَهْرَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجَبَ لَوْجَبَ لَهُ ، وَلَا يَجِبُ لِلْإِنْسَانِ شَيْءٌ عَلَى نَفْسِهِ ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ وَطْءِ شُبْهَةٍ . وَعَلِيهِ قِيمَةُ الْوَلَدِ ،^(٢٧) يُشْتَرَى بِهَا عَبْدٌ^(٢٨) مَكَانَهُ وَتَصِيرُ أُمًّا وَلَدٌ ؛ لِأَنَّهُ أَحْبَلَهَا بِحُرٍّ فِي مِلْكِهِ . فَإِذَا مَاتَ عَتَقَتْ ، وَوَجَبَتْ قِيمَتُهَا فِي تَرَكَّتِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَهَا عَلَى مَنْ بَعْدَهُ / مِنَ الْبُطُونِ ، فَيُشْتَرَى بِهَا جَارِيَةٌ تَكُونُ وَقْفًا مَكَانَهَا . وَإِنْ قُلْنَا : إِنْ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ لَا يَمْلِكُهَا . لَمْ تَصِرْ أُمًّا وَلَدٌ لَهُ ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مَمْلُوكَةٍ لَهُ .

(٢١) في الأصل : « فتعينت » .

(٢٢) سقط من : الأصل .

(٢٣) في م : « أكرها » .

(٢٤) في م : « رقيقا » .

(٢٥) في الأصل : « وتجب » .

(٢٦) في الأصل : « لأنه » .

(٢٧ - ٢٨) في الأصل : « ويشترى بها عبدا » .

فصل : وإن أُعْتِقَ الْعَبْدُ الْمَوْقُوفُ ، لم يَنْفُذْ عِتْقُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّ الْوَقْفَ لَازِمٌ ، فَلَا يُمَكِّنُ إِبْطَالُهُ . وإن كان نِصْفُ الْعَبْدِ وَقْفًا ، وَنِصْفُهُ طَلْقًا ، فَأُعْتِقَ صَاحِبُ الطَّلَقِ ، لم يَسْرِ عِتْقُهُ إِلَى الْوَقْفِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لم يَعْتِقْ بِالْمُبَاشَرَةِ فَبِالسَّرَايَةِ أَوْلَى .

٩٢٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا حَصَلَ فِي يَدِ بَعْضِ أَهْلِ الْوَقْفِ خُمْسَةُ أَوْسُقٍ ، فَفِيهِ الزَّكَاةُ . وَإِذَا صَارَ الْوَقْفُ لِلْمَسَاكِينِ ، فَلَا زَكَاةَ فِيهِ)

وجملة ذلك أَنَّ الْوَقْفَ إِذَا كَانَ شَجَرًا فَأَثْمَرُ ، أَوْ أَرْضًا فزُرْعَتُ ، وَكَانَ الْوَقْفُ عَلَى قَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ ، فَحَصَلَ لِبَعْضِهِمْ مِنَ الثَّمَرَةِ أَوْ الْحَبِّ نِصَابٌ ، فَفِيهِ الزَّكَاةُ . وبهذا قال مالكٌ ، والشافعيُّ . وروى عن طاووسٍ ، ومكحولٍ : لَا زَكَاةَ فِيهِ ، لِأَنَّ الْأَرْضَ لَا يَسْتَمْلِكُهَا لَهُمْ ، فَلَمْ تَجِبْ عَلَيْهِمْ زَكَاةٌ فِي الْخَارِجِ مِنْهَا ، كَالْمَسَاكِينِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ اسْتَعْلَ (١) مِنْ أَرْضِهِ أَوْ شَجَرِهِ نِصَابًا ، فَلَزِمَتْهُ زَكَاةُ ، كَغَيْرِ الْوَقْفِ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْوَقْفَ الْأَصْلَ ، وَالثَّمَرَةَ طَلَقَ ، وَالْمِلْكُ فِيهَا تَامٌ ، لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهَا بِجَمِيعِ التَّصَرُّفَاتِ ، وَثَوْرَتْ عَنْهُ ، فَتَجِبُ فِيهَا الزَّكَاةُ ، كَالْحَاصِلَةِ مِنْ أَرْضٍ مُسْتَأْجَرَةٍ لَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْأَرْضَ غَيْرَ مَمْلُوكَةٍ لَهُ . مَمْنُوعٌ . وَإِنْ سَلَّمْنَا ذَلِكَ ، فَهُوَ مَالِكٌ لِمَنْفَعَتِهَا ؛ وَيَكْفِي ذَلِكَ فِي وُجُوبِ الزَّكَاةِ ، بِدَلِيلِ الْأَرْضِ الْمُسْتَأْجَرَةِ . أَمَّا الْمَسَاكِينُ فَلَا زَكَاةَ عَلَيْهِمْ فِيمَا يَحْصُلُ فِي أَيْدِيهِمْ ، سِوَاءِ حَصَلَ فِي يَدِ بَعْضِهِمْ نِصَابٌ مِنَ الْحُبُوبِ وَالثَّمَارِ ، أَوْ لم يَحْصُلْ ، وَلَا زَكَاةَ عَلَيْهِمْ قَبْلَ تَفْرِيقِهَا ، وَإِنْ بَلَغَتْ نِصْبًا (٢) ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ (٣) عَلَى الْمَسَاكِينِ لَا يَتَعَيَّنُ لَوَاحِدٍ مِنْهُمْ ، بِدَلِيلِ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يَجُوزُ جِزْمَانُهُ وَالدَّفْعُ إِلَى غَيْرِهِ ، وَإِنَّمَا ثَبَتَ (٤) الْمِلْكُ فِيهِ بِالْدَّفْعِ وَالْقَبْضِ ، لِمَا أُعْطِيَهُ مِنْ غَلَّتِهِ مِلْكًا مُسْتَأْنَفًا ، فَلَمْ تَجِبْ عَلَيْهِ فِيهِ زَكَاةٌ ، كَالَّذِي يُدْفَعُ إِلَيْهِ مِنَ الزَّكَاةِ ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « اشْتَغَلَ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « نِصَابًا » .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « يَثْبِتُ » .

وكألو وَهَبَهُ أَوْ اشْتَرَاهُ . وفَارَقَ الْوَقْفَ عَلَى قَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ . فَإِنَّهُ يُعَيَّنُ^(٥) لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حَقٌّ فِي نَفْعِ الْأَرْضِ وَغَلَّتِهَا ، وَلِهَذَا يَجِبُ إعْطَاؤُهُ ، وَلَا يَجُوزُ جِزْمَانُهُ .

فصل : وَيَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى الْقَبِيلَةِ الْعَظِيمَةِ ، كَقُرَيْشٍ ، وَبَنِي هَاشِمٍ ، وَبَنِي تَمِيمٍ ، وَبَنِي وَائِلٍ ، وَنَحْوِهِمْ . وَيَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ كُلِّهِمْ ، وَعَلَى أَهْلِ إقْلِيمٍ وَمَدِينَةٍ ، كَالشَّامِ وَدِمَشْقَ / وَنَحْوِهِمْ . وَيَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَقِفَ عَلَى عَشِيرَتِهِ ، وَأَهْلِ مَدِينَتِهِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ : لَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى مَنْ لَا يُمَكِّنُ اسْتِيعَابَهُمْ وَحَصْرَهُمْ ، فِي غَيْرِ الْمَسَاكِينِ وَأَشْبَاهِهِمْ ؛ لِأَنَّ هَذَا تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ الْآدَمِيِّ ، فَلَمْ يَصِحَّ مَعَ الْجَهَالَةِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : وَقَفْتُ عَلَى قَوْمٍ . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ صَحَّ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، إِذَا كَانَ عَدَدُهُ مَحْصِيًّا ، صَحَّ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَحْصِيًّا ، كَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ . وَمَا ذَكَرَهُ يَطْلُ بِالْوَقْفِ عَلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ . وَمَتَى كَانَ الْوَقْفُ عَلَى مَنْ لَا يُمَكِّنُ حَصْرَهُمْ ، فَلَا زَكَاةَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ فِيمَا يَصِحُّ لَهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي الْمَسَاكِينِ ، وَلَا فِي جُمْلَةِ الْوَقْفِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ .

٩٢٧ - مسألة ؛ قَالَ : (وَمَا لَا يَنْتَفَعُ بِهِ إِلَّا بِالْإِثْلَافِ ، مِثْلُ الذَّهَبِ وَالْوَرَقِ وَالْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ ، فَوَقْفُهُ غَيْرُ جَائِزٍ)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّ مَا لَا يُمَكِّنُ الْإِثْلَافَ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ، كَالذَّنَائِيرِ وَالذَّرَاهِمِ ، وَالْمَطْعُومِ وَالْمَشْرُوبِ ، وَالشَّمْعِ ، وَأَشْبَاهِهِ ، لَا يَصِحُّ وَقْفُهُ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ الْفُقَهَاءِ وَأَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا شَيْئًا يُحْكَى عَنْ مَالِكٍ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، فِي وَقْفِ الطَّعَامِ ، أَنَّهُ يَجُوزُ . وَلَمْ يَحْكِهِ أَصْحَابُ مَالِكٍ . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ تَحْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْبِيلُ الثَّمَرَةِ ، وَمَا لَا يَنْتَفَعُ بِهِ إِلَّا بِالْإِثْلَافِ لَا يَصِحُّ فِيهِ ذَلِكَ . وَقِيلَ فِي الذَّرَاهِمِ وَالذَّنَائِيرِ : يَصِحُّ وَقْفُهَا ، عَلَى قَوْلِ مَنْ أَجَازَ إِجَارَتَهَا . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ تِلْكَ الْمَنْفَعَةَ لَيْسَتْ

(٥) فِي الْأَصْلِ : « يُتَعَيَّنُ » .

المَقْصُودُ الَّذِي خُلِقَتْ لَهُ الْأَثْمَانُ ، ولهذا لا تُضْمَنُ فِي الْعَصَبِ ، فلم يَجُزِ الْوَقْفُ لَهُ ، كَوَقْفِ الشَّجَرِ عَلَى نَشْرِ الثَّيَابِ ، وَالْعَنَمِ عَلَى دَوَسِ الطَّيْنِ ، وَالشَّمْعِ لِيُتَجَمَّلَ بِهِ .

فصل : والمراد بالذهب والفضة ههنا الدراهم والدنانير ، وما ليس بحلي ؛ لأن ذلك هو الذي يتلف بالانقاع به . أمّا الحلي ، فيصح وقفه للبس والعارية ؛ لما روى ^(١) نافع ، قال : ابتاعت حفصة حليا بعشرين ألفا ، فحبسته على نساء آل الخطاب ، فكانت لا تخرج زكاته . رواه الحلال بإسناده . ولأنه عين يمكن الانقاع بها ، مع بقائها دائما ، فصح وقفها ، كالعقار ، ولأنه يصح تحييس أصلها وتسييل الثمرة ، فصح وقفها ، كالعقار . وبهذا قال الشافعي . وقد روى عن أحمد ، أنه لا يصح وقفها . وأنكر الحديث عن حفصة في وقفه . وذكره ابن أبي موسى ، إلا أن القاضي تأوله على أنه لا يصح الحديث فيه . ووجه هذه الرواية أن التحلي ليس هو / المقصود الأصلي من الأثمان ، فلم يصح وقفها عليه ، كما لو وقف الدنانير والدراهم . والأول هو المذهب ؛ لما ذكرناه ، والتحلي من المقاصد المهمة ، والعادة جارية به ، وقد اعتبره الشرع في إسقاط الزكاة عن متخذه ، وجوز إجارته لذلك . ويفارق الدراهم والدنانير ، فإن العادة لم تجر بالتحلي به ، ولا اعتبره الشرع في إسقاط زكاته ، ولا ضمان منفعته ^(٢) في العصب ، بخلاف مسألتنا .

و ١٦٣/٥

فصل : ولا يصح وقف الشمع ؛ لأنه يتلف بالانقاع به ، فهو كالمأكول والمشروب ، ولا ما يسرع إليه الفساد ، من المشنومات والرياحين وأشباهها ؛ لأنها تتلف على قرب من الزمان ، فأشبهت المطعوم ، ولا وقف ما لا يجوز بيعه ، كأم الولد ، والمرهون ، والكلب ، والخنزير ، وسائر سباع البهائم التي لا تصلح

(١) في الأصل زيادة : « عن » .

(٢) في م : « نفعه » .

لِلصَّيْدِ ، وَجَوَارِحِ الطَّيْرِ الَّتِي لَا يُصَادُ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ نَقْلٌ لِلْمَلِكِ^(٣) فِيهَا فِي الْحَيَاةِ ، فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ ، وَلِأَنَّ الْوَقْفَ تَحْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْبِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، وَمَا لَا مَنَافِعَ فِيهِ لَا يَحْصُلُ فِيهِ تَسْبِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، وَالْكَلْبُ أُبِيحَ الْإِثْفَاعُ بِهِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ لِلضَّرُورَةِ ، فَلَمْ يَجْزِ التَّوَسُّعُ فِيهَا ، وَالْمَرْهُونُ فِي وَقْفِهِ إِبْطَالُ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ مِنْهُ ، فَلَمْ يَجْزِ^(٤) إِبْطَالُهُ . وَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ فِيمَا لَيْسَ بِمُعَيَّنٍ ، كَعَبْدٍ فِي الذِّمَّةِ ، وَدَارٍ ، وَسِلَاحٍ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ إِبْطَالُ لِمَعْنَى الْمَلِكِ فِيهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ فِي عَبْدٍ مُطْلَقٍ ، كَالْعَتِقِ^(٥) .

فصل : قال أحمد ، فِي مَنْ وَصَّى بِفَرَسٍ وَسَرَجٍ وَلِحَاجٍ مُفَضَّضٍ ، يُوقَفُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ : فَهُوَ عَلَى مَا وَقَفَ وَوَصَّى ، وَإِنْ بَاعَ الْفِضَّةَ مِنَ السَّرَجِ وَاللِّحَاجِ ، وَجُعِلَ فِي وَقْفٍ مِثْلِهِ ، فَهُوَ أَحَبُّ ؛ لِأَنَّ الْفِضَّةَ لَا يُتَنَفَّعُ بِهَا ، وَلَعَلَّهُ يَشْتَرِي بِتِلْكَ الْفِضَّةِ سَرَجًا وَلِحَاجًا ، فَيَكُونُ أَنْفَعًا لِلْمُسْلِمِينَ . فَقِيلَ لَهُ : تُبَاعُ الْفِضَّةُ ، وَتُجْعَلُ فِي نَفَقَتِهِ ؟ قَالَ : لَا . فَأَبَاحَ أَنْ يَشْتَرِيَ بِفِضَّةِ السَّرَجِ وَاللِّحَاجِ سَرَجًا وَلِحَاجًا ؛ لِأَنَّهُ صَرَّفَ لَهَا فِي جِنْسٍ مَا كَانَتْ عَلَيْهِ ، حِينَ لَمْ يُتَنَفَّعْ بِهَا فِيهِ . فَأَشْبَهَ الْفَرَسَ الْحَبِيسَ إِذَا عَطِبَ فَلَمْ يُتَنَفَّعْ بِهِ فِي الْجِهَادِ ، جَازَ بَيْعُهُ ، وَصَرَّفَ ثَمَنَهُ فِي مِثْلِهِ ، وَلَمْ يَجْزِ إِثْفَاعُهَا^(٦) عَلَى الْفَرَسِ ؛ لِأَنَّهُ صَرَّفَ لَهَا إِلَى غَيْرِ جِهَتِهَا .

٩٢٨ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَيَصِحُّ الْوَقْفُ فِيمَا عَدَا ذَلِكَ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الَّذِي يَجُوزُ وَقْفُهُ ، مَا جَازَ بَيْعُهُ ، وَجَازَ الْإِثْفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ، وَكَانَ أَصْلًا يَبْقَى بَقَاءً مُتَّصِلًا ، كَالْعَقَارِ ، وَالْحَيَوَانَاتِ ، وَالسَّلَاحِ ، وَالْأَنْثَاقِ ، وَأَشْبَاهِ ذَلِكَ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي / رَوَايَةِ الْأَثَرِ : إِنَّمَا الْوَقْفُ فِي الدُّورِ وَالْأَرْضَيْنِ ، عَلَى مَا وَقَفَ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . وَقَالَ فِي مَنْ وَقَفَ خُمْسَ نَحْلَاتٍ عَلَى مَسْجِدٍ :

(٣) فِي الْأَصْلِ : « الْمَلِك » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « يَصَح » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « كَالْعَيْن » .

(٦) فِي م : « إِثْفَاعُهَا » .

لا بَأْسَ به . وهذا قول الشافعي . وقال أبو يوسف : لا يجوزُ وَقْفُ الْحَيَوَانِ ، ولا الرَّقِيقِ ، ولا الْكُرَاعِ^(١) ، ولا الْعُرْضِ^(٢) ، ولا السِّلَاحِ ، والغِلْمَانِ ، والبَقَرِ ، والآلَةِ في الأَرْضِ الْمَوْقُوفَةِ تبعاً لها ؛ لأنَّ^(٣) هذا حيوانٌ لا يُقَاتِلُ عليه ، فلم يَجُزْ وَقْفُهُ ، كَالوَكَانِ الْوَقْفُ إِلَى مُدَّةٍ . وعن مالكٍ في الْكُرَاعِ والسِّلَاحِ رَوَايَتَانِ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَمَّا خَالِدٌ فَقَدْ احْتَبَسَ أَذْرَاعَهُ وَأَعْتَادَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٤) . وفي رِوَايَةٍ : « وَأَعْتَدَهُ » . أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ . قَالَ الْخَطَّابِيُّ^(٥) : الْأَعْتَادُ مَا يُعَدُّهُ^(٦) الرَّجُلُ مِنَ^(٧) الْمَرْكُوبِ والسِّلَاحِ^(٨) . وآلَةُ الْجِهَادِ . وَرَوَى أَنَّ أُمَّ مَعْقِلٍ ، جَاءَتْ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّ أَبَا مَعْقِلٍ جَعَلَ نَاضِحَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَإِنِّي أُرِيدُ الْحَجَّ ، أَفَارْكَبُهُ ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « اِرْكَبِيهِ ، فَإِنَّ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ مِنْ سَبِيلِ اللَّهِ »^(٩) . وَلأنَّهُ يَخْصُلُ فِيهِ تَحْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْبِيلُ الْمُنْفَعَةِ ، فَصَحَّ وَقْفُهُ ، كَالْعَقَارِ^(١٠) وَالْفَرَسِ الْحَبِيسِ ، وَلأنَّهُ يَصِحُّ وَقْفُهُ مَعَ غَيْرِهِ ، فَصَحَّ وَقْفُهُ وَحْدَهُ ، كَالْعَقَارِ^(٩) .

(١) الكراع : اسم يجمع الخيل والسلاح .

(٢) في الأصل : « العروض » .

(٣ - ٣) في م : « الحيوان » .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب قول الله تعالى : ﴿ وفي الرقاب ... ﴾ ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب ما قيل في درع النبي ﷺ ... ، من كتاب الجهاد . صحيح البخاري ١٥١/٢ ، ٤٩/٤ . ومسلم ، في : باب في تقديم الزكاة ومنعها ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٦٠٧/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في تعجيل الزكاة . من كتاب الزكاة . سنن أبي داود ٣٧٦/١ . والنسائي ، في : باب إعطاء السيد المال بغير اختيار المصدق ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٢٤/٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٢٢/٢ .

(٥) في معالم السنن ٥٣/٢ .

(٦) في م زيادة : « ما » .

(٧ - ٧) في الأصل : « مركوب وسلاح » .

(٨) أخرجه أبو داود ، في : باب العمرة ، من كتاب المناسك . سنن أبي داود ٤٥٩/١ .

(٩ - ٩) سقط من : الأصل .

فصل : قال أحمد ، رحمه الله ، في رجل له دار في الرِّبَضِ ، أو قَطِيعَةٍ ، فأَرَادَ التَّنْزَهُ منها . قال : يَقِفْهَا . قال : الْقَطَائِعُ تُرْجَعُ إِلَى الْأَصْلِ إِذَا جَعَلَهَا لِلْمَسَاكِينِ . فظَاهِرُ هذا إِبَاحَةُ وَقْفِ السَّوَادِ ، وهو في الْأَصْلِ وَقَفٌ ؛ وَمَعْنَاهُ أَنْ وَقْفَهَا يُطَابِقُ الْأَصْلَ ؛ لَا أَنَّهَا تُصِيرُ بهذا القول وَقْفًا .

٩٢٩ - مسألة ؛ قال : (وَيَصِحُّ وَقْفُ الْمُشَاعِ)

وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو يوسف . وقال محمد بن الحسن : لَا يَصِحُّ . وبناءً على أصله في أَنَّ الْقَبْضَ شَرْطٌ ، وَأَنَّ الْقَبْضَ لَا يَصِحُّ فِي الْمُشَاعِ . ولنا ، أَنَّ فِي حَدِيثِ عُمَرَ أَنَّهُ أَصَابَ مِائَةَ سَهْمٍ مِنْ خَيْبَرٍ ، وَاسْتَأْذَنَ النَّبِيَّ ﷺ فِيهَا ، فَأَمَرَهُ بِوَقْفِهَا^(١) . وهذا صِفَةُ الْمُشَاعِ ، وَلَئِنَّهُ عَقْدٌ يَجُوزُ عَلَى بَعْضِ الْجُمْلَةِ مُفْرَزًا^(٢) فَجَازَ عَلَيْهِ مُشَاعًا ، كَالْبَيْعِ ، أَوْ عَرَصَةٍ يَجُوزُ بَيْعُهَا ، فَجَازَ وَقْفُهَا ، كَالْمُفْرَزَةِ^(٣) ، وَلِأَنَّ الْوَقْفَ تَخْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْبِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، وَهَذَا يَحْصُلُ فِي الْمُشَاعِ ، كَحُصُولِهِ فِي الْمُفْرَزِ^(٤) ، وَلَا نُسَلِّمُ اعْتِبَارَ الْقَبْضِ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا ، فَإِذَا صَحَّ فِي الْبَيْعِ صَحَّ فِي الْوَقْفِ .

فصل : وَإِنْ وَقَفَ دَارَهُ عَلَى جِهَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ ، مِثْلَ أَنْ يَقِفَهَا عَلَى أَوْلَادِهِ وَعَلَى / ١٦٤/٥ وَ الْمَسَاكِينِ ، نِصْفَيْنِ ، أَوْ اثْنَلَاثًا ، أَوْ كَيْفَمَا كَانَ ، جَازَ . وَسَوَاءٌ جَعَلَ مَالَ الْمَوْقُوفِ عَلَى أَوْلَادِهِ وَعَلَى الْمَسَاكِينِ ، أَوْ عَلَى جِهَةٍ أُخْرَى سِوَاهُمَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَازَ وَقْفَ الْجُزْءِ مُفْرَدًا ، جَازَ وَقْفُ الْجُزْأَيْنِ . وَإِنْ أَطْلَقَ الْوَقْفَ ، فَقَالَ : أَوْقَفْتُ دَارِي هَذِهِ عَلَى أَوْلَادِي ، وَعَلَى الْمَسَاكِينِ . فَهِيَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ^(٥) ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الْإِضَافَةِ إِلَيْهِمَا

(١) تقدم ترجمته في صفحة ١٨٤ .

(٢) في الأصل : « مقررًا » .

(٣) في الأصل : « كالمفرزة » .

(٤) في الأصل : « المقرر » .

(٥) أي تقسم نصفين .

تَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ بَيْنَ الْجِهَتَيْنِ ، وَلَا تَتَحَقَّقُ التَّسْوِيَةُ إِلَّا بِالتَّصْوِيفِ ^(٦) . وَإِنْ قَالَ :
وَقَفْتُهَا عَلَى زَيْدٍ وَعَمْرٍو وَالْمَسَاكِينِ . فَهِيَ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا .

فصل : فَإِنْ أُرِيدَ تَمْيِيزُ الْوَقْفِ ^(٧) عَنِ الطَّلَقِ ^(٨) بِالْقِسْمَةِ ، فَذَلِكَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْقِسْمَةِ ، هَلْ هِيَ بَيْعٌ أَوْ إِفْرَازٌ ^(٩) حَقٌّ ؟ وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا إِفْرَازٌ حَقٌّ ، فَيُنْظَرُ ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا رَدٌّ جَازَتْ الْقِسْمَةُ . وَإِنْ كَانَ فِيهَا رَدٌّ مِنْ جَانِبِ أَصْحَابِ الْوَقْفِ ، جَازَتْ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ شِرَاءٌ لَشَيْءٍ مِنَ الطَّلَقِ . وَإِنْ كَانَ مِنْ صَاحِبِ الطَّلَقِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ شِرَاءٌ بَعْضِ الْوَقْفِ ، وَيَبْعُهُ غَيْرُ جَائِزٍ . وَإِنْ كَانَ الْمُشَاعُ وَقْفًا عَلَى جِهَتَيْنِ ، فَأَرَادَ أَهْلُهُ قِسْمَتَهُ ، اثْبَنِي عَلَى مَا ذَكَرْنَا ، وَلَمْ يَجُزْ فِيمَا إِذَا كَانَ فِيهَا رَدٌّ بِحَالٍ . وَمَتَى جَازَتْ الْقِسْمَةُ فِي الْوَقْفِ ، وَطَلَبَهَا أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ ، أَوْ وَلِيُّ الْوَقْفِ ، أَجْبَرَ الْآخَرَ ؛ لِأَنَّ كُلَّ قِسْمَةٍ جَازَتْ مِنْ غَيْرِ رَدٍّ وَلَا ضَرَرٍ ، فَهِيَ وَاجِبَةٌ .

٩٣٠ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا لَمْ يَكُنِ الْوَقْفُ عَلَى مَعْرُوفٍ أَوْ بَرٍّ ، فَهُوَ بَاطِلٌ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الْوَقْفَ لَا يَصِحُّ إِلَّا عَلَى مَنْ يُعْرَفُ ، كَوَلَدِهِ ، وَأَقَارِبِهِ ، وَرَجُلٍ مُعَيَّنٍ ، أَوْ عَلَى بَرٍّ ، كِبَنَاءِ الْمَسَاجِدِ وَالْقَنَاطِرِ ، وَكُتُبِ الْفِقْهِ وَالْعِلْمِ وَالْقُرْآنِ ، وَالْمَقَابِرِ ، وَالسَّقَايَاتِ وَسَبِيلِ اللَّهِ ، وَلَا يَصِحُّ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ ^(١) ، كَرَجُلٍ وَامْرَأَةٍ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ تَمْلِيكٌ لِلْعَيْنِ أَوْ لِلْمَنْفَعَةِ ، فَلَا يَصِحُّ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ ، وَلَا عَلَى مَعْصِيَةٍ كَبَيْتِ النَّارِ ، وَالْبَيْعِ ، وَالْكُنَائِسِ ، وَكُتُبِ التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَعْصِيَةٌ ، فَإِنَّ هَذِهِ الْمَوَاضِعَ يُنَبِّتُ لِلْكَفْرِ ، وَهَذِهِ الْكُتُبُ مُبَدَّلَةٌ مَنَسُوحَةٌ ، وَلِذَلِكَ غَضِبَ النَّبِيُّ ﷺ حِينَ رَأَى مَعَ عَمْرِو صَحِيفَةً فِيهَا شَيْءٌ مِنَ التَّوْرَةِ ، وَقَالَ : « أَفِي شَكِّ

(٦) فِي النِّسْخِ : « بِالتَّصْوِيفِ » .

(٧ - ٨) فِي م : « الْمَطْلَق » . وَكَلِمَةُ « الطَّلَق » وَرَدَتْ فِيمَا يَأْتِي فِي م : « الْمَطْلَق » .

(٨) فِي م هُنَا وَفِيمَا يَأْتِي : « إِفْرَازٌ » .

(٩) مِنْ هُنَا إِلَى قَوْلِهِ : « غَيْرِ مُعَيَّنٍ » الْآتِي سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ .

أَنْتَ يَا ابْنَ الْخَطَّابِ ؟ أَلَمْ آتِ بِهَا بَيْضَاءَ نَقِيَّةً ؟ لَوْ كَانَ مُوسَى أَخِي حَيًّا مَا وَسِعَهُ إِلَّا
 اتِّبَاعِي ^(١) . ولولا أَنَّ ذَلِكَ مَعْصِيَةٌ مَا غَضِبَ مِنْهُ . وَالْوَقْفُ عَلَى قَنَادِيلِ الْبَيْعَةِ وَفَرَشِهَا
 وَمَنْ يَخْدُمُهَا وَيَعْمُرُهَا ، كَالْوَقْفِ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ يُرَادُّ لَتَعْظِيمِهَا . وَسَوَاءٌ كَانَ الْوَاقِفُ
 مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي نَصَارَى وَقَفُوا عَلَى الْبَيْعَةِ ضِيَاعًا كَثِيرَةً ، وَمَا ثَوَاهُمْ
 أَبْنَاءُ نَصَارَى ، فَأَسْلَمُوا / وَالضِّيَاعُ بِيَدِ النَّصَارَى : فَلَهُمْ أَخَذُهَا ، وَلِلْمُسْلِمِينَ عَنْهُمْ
 حَتَّى يَسْتَخْرِجُوهَا مِنْ أَيْدِيهِمْ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ وَذَلِكَ
 لِأَنَّ مَا لَا يَصِحُّ مِنَ الْمُسْلِمِ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، لَا يَصِحُّ مِنَ الذَّمِّيِّ ، كَالْوَقْفِ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ .
 فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ قُلْتُمْ إِنَّ أَهْلَ الْكِتَابِ إِذَا عَقَدُوا عَقْدًا فَاسِدَةً ، وَتَقَابَضُوا ، ثُمَّ أَسْلَمُوا
 وَتَرَفَعُوا إِلَيْنَا ، لَمْ تَنْقُضْ مَا فَعَلُوهُ ، فَكَيْفَ أَجَزْتُمْ الرُّجُوعَ فِيهِمَا وَقَفَّوهُ عَلَى كُنَائِسِهِمْ ؟
 قُلْنَا : الْوَقْفُ لَيْسَ بِعَقْدٍ مُعَاوَضَةٍ ، وَإِنَّمَا هُوَ إِزَالَةٌ لِلْمِلْكِ فِي الْمَوْقُوفِ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ ،
 فَإِذَا لَمْ يَقَعْ صَحِيحًا ، لَمْ يَزُلْ الْمِلْكُ ، فَيَبْقَى بِحَالِهِ كَالْعَتِيقِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ،
 رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي نَصَرَانِي أَشْهَدُ فِي وَصِيَّتِهِ ، أَنَّ غَلَامَهُ فَلَانًا يَخْدُمُ الْبَيْعَةَ خَمْسَ سِنِينَ ،
 ثُمَّ هُوَ حُرٌّ . ثُمَّ مَاتَ مَوْلَاهُ ، وَخَدَمَ سَنَةً ، ثُمَّ أَسْلَمَ ، مَا عَلَيْهِ ؟ قَالَ : هُوَ حُرٌّ . وَيَرْجِعُ
 عَلَى الْغَلَامِ بِأَجْرَةِ خِدْمَةِ مُبْلَغِ أَرْبَعِ سِنِينَ . وَرَوَى عَنْهُ ، قَالَ : هُوَ حُرٌّ سَاعَةً مَاتَ
 مَوْلَاهُ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ مَعْصِيَةٌ . وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ أَصَحُّ وَأَوْفَقُ لِأُصُولِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ قَوْلَهُ :
 يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِخِدْمَتِهِ أَرْبَعِ سِنِينَ . لَمْ يَكُنْ لِصِحَّةِ الْوَصِيَّةِ ، بَلْ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَعْتَقَهُ بِعَوَضٍ
 يَعْتَقِدُ أَنْ صَحَّتْ ، فَإِذَا تَعَدَّرَ الْعَوَضُ بِإِسْلَامِهِ ، كَانَ عَلَيْهِ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ ، كَالْوَرُودِ
 الذَّمِّيِّ ذِمِّيَّةً عَلَى ذَلِكَ ثُمَّ أَسْلَمَ ؛ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الْمَهْرُ ، كَذَا هُنَا يَجِبُ عَلَيْهِ
 الْعَوَضُ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى .

فصل : وَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى مَنْ لَا يَمْلِكُ ، كَالْعَبْدِ الْقَيْنِ ، وَأُمِّ الْوَلَدِ ، وَالْمُدَبِّرِ ،
 وَالْمَيِّتِ ، وَالْحَمَلِ ، وَالْمَلِكِ وَالْجِنِّ وَالشَّيَاطِينِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ وَقَفَ عَلَى

(٢) أخرجه الدارمي ، في : باب ما يتقى من تفسير حديث النبي ﷺ وقول غيره عند قوله ﷺ ، من المقدمة .
 سنن الدارمي ١/١١٥ ، ١١٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٣٨٧ .

مَمَالِكِهِ : لَا يَصِحُّ الْوَقْفُ حَتَّى يَغْتَفَهُمْ . وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَقْفَ تَمْلِكُ ، فَلَا يَصِحُّ عَلَى مَنْ لَا يَمْلِكُ . فَإِنْ قِيلَ : قَدْ جَوُزَتْهُمُ الْوَقْفُ عَلَى الْمَسَاجِدِ وَالسَّقَايَاتِ وَأَشْبَاهِهَا ، وَهِيَ لَا تَمْلِكُ . قُلْنَا : الْوَقْفُ هُنَاكَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ ، إِلَّا أَنَّهُ عَيْنٌ فِي نَفْعٍ خَاصٍّ لَهُمْ . فَإِنْ قِيلَ : فَيَنْبَغِي أَنْ يَصِحَّ الْوَقْفُ عَلَى الْكُنَائِسِ ، وَيَكُونُ الْوَقْفُ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ . قُلْنَا : الْجِهَةُ الَّتِي عَيْنُ صَرْفِ الْوَقْفِ فِيهَا لَيْسَتْ نَفْعًا ، بَلْ هِيَ مَعْصِيَةٌ مُحَرَّمَةٌ ، يُزَادُونَ^(٣) بِهَا عِقَابًا وَإِثْمًا ، بِخِلَافِ الْمَسَاجِدِ . وَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى الْعَبْدِ ، وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ يَمْلِكُ بِالتَّمْلِكِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ يَفْتَضِي تَحْيِيسَ الْأَصْلِ ، وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ مِلْكًا لَازِمًا . وَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى الْمَكَاتِبِ ، وَإِنْ كَانَ يَمْلِكُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ . وَلَا عَلَى مُرْتَدٍّ ، وَلَا عَلَى^(٤) حَرْبِيٍّ ؛ لِأَنَّ أَمْوَالَهُمْ مُبَاحَةٌ فِي الْأَصْلِ / ، وَيَجُوزُ أَخْذُهَا مِنْهُمْ بِالْقَهْرِ وَالْعَلْبَةِ ، فَمَا يَتَجَدَّدُ لَهُمْ أَوَّلَى ، وَالْوَقْفُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُبَاحَ الْأَخْذِ ؛ لِأَنَّهُ تَحْيِيسُ الْأَصْلِ .

فصل : وَيَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ ؛ لِأَنَّهُمْ يَمْلِكُونَ مِلْكًا مُحْتَرَمًا ، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَصَدَّقَ عَلَيْهِمْ ، فَجَازَ الْوَقْفُ عَلَيْهِمْ ، كَالْمُسْلِمِينَ . وَيَجُوزُ أَنْ يَقِفَ الْمُسْلِمُ عَلَيْهِ ، لِمَا رَوَى أَنَّ صَفِيَّةَ بِنْتَ حَبِيبٍ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ ، وَقَفَتْ عَلَى أَخٍ لَهَا يَهُودِيٍّ^(٥) ، وَلَأنَّ مَنْ جَازَ أَنْ يَقِفَ الذِّمِّيُّ عَلَيْهِ ، جَازَ أَنْ يَقِفَ عَلَيْهِ الْمُسْلِمُ ، كَالْمُسْلِمِ . وَلَوْ وَقَفَ عَلَى مَنْ يَنْزِلُ كَنَائِسَهُمْ وَيَبْعُهُمْ مِنَ الْمَارَّةِ وَالْمُجْتَازِينَ ، صَحَّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ عَلَيْهِمْ ، لَا عَلَى الْمَوْضِعِ .

فصل : وَيَنْظَرُ فِي الْوَقْفِ مَنْ شَرَطَهُ الْوَاقِفُ ؛ لِأَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ جَعَلَ وَقْفَهُ إِلَى حَفْصَةَ ثَلَاثِينَ مَا عَاشَتْ ، ثُمَّ إِلَى ذَوِي الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا^(٦) . وَلَأنَّ مَصْرِفَ الْوَقْفِ يُتَّبَعُ

(٣) فِي الْأَصْلِ : « يَزَادُونَ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥) أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ عَطِيَةِ الْمُسْلِمِ الْكَافِرَ وَوَصِيَّتِهِ لَهُ ، مِنْ كِتَابِ أَهْلِ الْكِتَابِ . وَفِي : بَابِ الْمِيرَاثِ لَا يَقْسَمُ حَتَّى يَسْلَمَ ، مِنْ كِتَابِ أَهْلِ الْكِتَابِينَ . الْمُصَنَّفُ ٣٣/٦ ، ٣٤٩/١٠ ، وَسَعِيدٌ ، فِي : بَابِ وَصِيَّةِ الصَّبِيِّ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . السَّنَنُ ١٢٨/١ . وَالْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الْوَصِيَّةِ لِلْكَافِرِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . السَّنَنُ الْكُبْرَى ٢٨١/٦ .

(٦) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ١٨٤ .

فيه شرطُ الواقف ، فكذلك الناظر فيه . فإن جعلَ النظرَ لنفسه جازاً ، وإن جعلَهُ إلى غيره فهو له ، فإن لم يجعله لأحد^(٧) ، أو جعله لإنسانٍ فمات ، نظر فيه الموقوف عليه ؛ لأنه ملكه ونفعه له ، فكان نظره إليه كملكه المطلق . ويَحْتَمِلُ أن ينظر فيه الحاكم . اختاره ابنُ أبي موسى . ويَحْتَمِلُ أن يكون الوجهانِ مَبْنِيَيْنِ على أن الملكَ هل يَنْتَقِلُ فيه إلى الموقوف عليه ، أو إلى الله تعالى ؟ فإن قلنا : هو للموقوف عليه . فالنظر فيه إليه ؛ لأنه ملكه ، عينه ونفعه . وإن قلنا : هو لله . فالحاكم يتوب فيه ، ويصرفه إلى مصارفه^(٨) ؛ لأنه مالُ الله ، فكان النظر فيه إلى حاكم المسلمين ، كالوقف على المساكين . وأما الوقف على المساكين والمساجد ونحوها ، أو على مَنْ لا يُمكنُ حصرهم واستيعابهم ، فالنظر فيه إلى الحاكم ؛ لأنه ليس له مالٌ مُتَعَيِّنٌ ينظر فيه . وله أن يَسْتَتِيبَ فيه ؛ لأنَّ الحاكم لا يُمكنه تَوَلَّى النظرَ بنفسه . ومتى كان النظر للموقوف عليه ، إما بجعل الواقف ذلك له ، أو لكونه أحقَّ بذلك عندَ عَدَمِ ناظرٍ سواه ، وكان واحداً مُكَلَّفاً^(٩) رشيدياً ، فهو أحقُّ بذلك ، رجلاً كان أو امرأةً ، عدلاً كان أو فاسقاً ؛ لأنه ينظر لنفسه ، فكان له ذلك في هذه الأحوال ، كالطلاق . ويَحْتَمِلُ أن يُضَمَّ إلى الفاسقِ أمينٌ ، حفظاً لأصل الوقف عن البيع أو التضييع . وإن كان الوقف لجماعةٍ رشيدين ، فالنظر للجميع ، لكل إنسانٍ في نصيبه . وإن كان الموقوف عليه غيرَ رشيدي ، إما لصغر ، أو سَفَه ، أو جنونٍ / ، قام وليُّه في النظر مقامه ، كما يقوم مقامه في ماله الطلق^(١٠) . وإن كان النظر لغير الموقوف عليه ، أو لبعض الموقوف عليه ، بتولية الواقف أو الحاكم . لم يَجْزَأْ أن يكون إلا أميناً ، فإن لم يكن أميناً ، وكانت توليته من الحاكم ، لم تصح . وأزيلت يده . وإن ولَّاه الواقف وهو فاسق ، أو ولَّاه وهو

(٧) في الأصل : « إلى أحد » .

(٨) في الأصل : « مصارف المسلمين » .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) في م : « المطلق » .

عَدْلٌ وَصَارَ فَاسِقًا ، ضُمَّ إِلَيْهِ أَمِينٌ يَنْحَفِظُ بِهِ الْوَقْفُ ، وَلَمْ تَزَلْ يَدُهُ ، لِأَنَّهُ أَمَكَنَ الْجَمْعُ
 بَيْنَ الْحَقَّيْنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ تَوَلِّيُّهُ ، وَأَنَّهُ يَنْعَزِلُ إِذَا فَسَقَ فِي أَثْنَاءِ وِلَايَتِهِ ؛ لِأَنَّهَا
 وَلايَةٌ عَلَى حَقٍّ غَيْرِهِ ، فَذَاهَا الْفَسَقُ ، كَالْوَلَاةِ الْحَاكِمِ ، وَكَالْوَلَاةِ لَمْ يُمَكِّنْ حِفْظُ الْوَقْفِ
 مِنْهُ مَعَ بَقَاءِ وِلَايَتِهِ ^(١١) عَلَى حَقٍّ غَيْرِهِ ^(١١) ، فَإِنَّهُ مَتَى لَمْ يُمَكِّنْ حِفْظُهُ مِنْهُ أَزِيلَتْ وَلايَتُهُ ،
 فَإِنَّ مُرَاعَاةَ حِفْظِ الْوَقْفِ أَهَمُّ مِنْ إِبْقَاءِ وَلايَةِ الْفَاسِقِ عَلَيْهِ .

**فصل : وَنَفَقَةُ الْوَقْفِ مِنْ حَيْثُ شَرَطَ الْوَاقِفُ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا اتَّبَعَ شَرْطُهُ فِي
 تَسْبِيلِهِ ^(١٢) ، وَجَبَ اتِّبَاعُ شَرْطِهِ فِي نَفَقَتِهِ . فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ فَمِنْ غَلَّتِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ
 اقْتَضَى تَحْيِيسَ أَصْلِهِ وَتَسْبِيلَ نَفْعِهِ ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ إِلَّا بِالِاتِّفَاقِ عَلَيْهِ ، فَكَانَ ذَلِكَ
 مِنْ ضَرُورَتِهِ . وَإِنْ تَعَطَّلَتْ مَنَافِعُ الْحَيَوَانِ الْمَوْقُوفِ ، فَنَفَقَتُهُ عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؛
 لِأَنَّهُ مِلْكُهُ . وَيَحْتَمِلُ وَجُوبُهَا فِي بَيْتِ الْمَالِ . وَيَجُوزُ بَيْعُهُ ، عَلَى مَا سَلَفَ بَيَانُهُ .**

(١١ - ١١) سقط من : الأصل .

(١٢) في الأصل : « مسله » . وفي م : « سبيله » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

كتاب الهبة والعطية^(١)

٩٣١ - مسألة ؛ قال : (وَلَا تَصِحُّ الْهَبَةُ وَالصَّدَقَةُ فِيمَا يَكَالُ أَوْ يُوزَنُ إِلَّا بِقَبْضِهِ)

وجملة ذلك أن الهبة والصَّدَقَةُ والهِدْيَةُ والعَطِيَّةُ مَعَانِيهَا مُتَقَارِبَةٌ ، وكلُّهَا تَمْلِكُ فِي الْحَيَاةِ بغيرِ عَوَضٍ ، واسمُ الْعَطِيَّةِ شَامِلٌ لِجَمِيعِهَا ، وكذلك الْهَبَةُ . وَالصَّدَقَةُ وَالْهِدْيَةُ مُتَعَايِرَانِ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَأْكُلُ الْهِدْيَةَ ، وَلَا يَأْكُلُ الصَّدَقَةَ^(٢) . وَقَالَ فِي اللَّحْمِ الَّذِي تُصَدَّقُ بِهِ عَلَى بَرِيرَةَ : « هُوَ عَلَيْهَا صَدَقَةٌ ، وَلَنَا هَدِيَّةٌ »^(٣) . فَالظَّاهِرُ أَنَّ مَنْ أَعْطَى شَيْئًا (يَنْوِي بِهِ التَّقَرُّبَ^(٤)) إِلَى اللَّهِ تَعَالَى لِلْمُحْتَاجِ ، فَهُوَ صَدَقَةٌ . وَمَنْ دَفَعَ

(١) لم يرد هذا العنوان في : الأصل .

(٢) أخرجه البخارى ، في : باب ما يذكر في الصدقة للنبي ﷺ ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب قبول الهبة ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ١٥٧/٢ ، ٢٠٣/٣ . ومسلم ، في : باب قبول النبي الهدية ورده للصدقة ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٧٥٦/٢ . والترمذى ، في : باب ما جاء في كراهية الصدقة للنبي ﷺ وأهل بيته ومواليه ، من كتاب أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ١٥٧/٣ . والنسائى ، في : باب الصدقة لا تحل للنبي ﷺ ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٨١/٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٠٢/٢ ، ٣٠٥ ، ٣٣٨ ، ٤٠٦ ، ٤٩٢ ، ٤٩٠/٣ .

وانظر ما تقدم تخريجه في حاشية ١١٥/٤ .

(٣) تقدم تخريجه في : ١١٦/٤ .

(٤) - ٤) في م : « يتقرب به » .

إلى إنسان شيئاً للتَّقَرُّبِ إليه ، والمَحَبَّةِ له ، فهو هَدِيَّةٌ . وَجَمِيعُ ذَلِكَ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ ، وَمَحْثُوثٌ عَلَيْهِ^(٥) ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « تَهَادُوا تَحَابُّوا »^(٦) . وَأَمَّا الصَّدَقَةُ ، فَمَا وَرَدَ فِي فَضْلِهَا أَكْثَرُ مِنْ أَنْ يُمَكِّنَنَا حَصْرَهُ ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ إِنْ تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهِيَ خَيْرٌ لَكُمْ وَيُكَفِّرُ عَنْكُمْ مِنْ سَيِّئَاتِكُمْ ﴾^(٧) . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْمَكِيلَ وَالْمَوْزُونَ لَا تَلْزَمُ فِيهِ الصَّدَقَةُ وَالْهَبَةُ إِلَّا بِالْقَبْضِ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ مِنْهُمْ ؛ النَّحْصِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ / مَالِكٌ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : يَلْزَمُ ذَلِكَ بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ ؛ لِغُمُومِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْعَائِدُ فِي هَيْئَةٍ ، كَالْعَائِدِ فِي قَبِيئِهِ »^(٨) . وَلَأنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ بِغَيْرِ

(٥) فِي م : « إِلَيْهِ » .

(٦) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْمَهَاجَةِ ، مِنْ كِتَابِ حَسَنِ الْخَلْقِ . الْمَوْطَأُ ٩٠٨/٢ .
وَالْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ التَّحْرِيطِ عَلَى الْهَبَةِ وَالْهَدِيَةِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٦٩/٦ .
(٧) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٧١ .

(٨) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي : ١٠٤/٤ ، وَيُضَافُ إِلَيْهِ : وَأَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ هَلْ يَشْتَرِي صَدَقَتَهُ ... ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ ، وَفِي : بَابِ لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَرْجِعَ فِي هَبَتِهِ وَصَدَقَتِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَةِ ، وَفِي : بَابِ إِذَا حَمَلَ عَلَى فَرَسٍ فَرَّاهَا تَبَاعَ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٥٧/٢ ، ٢١٥/٣ ، ٧١/٤ .
وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ كِرَاهَةِ شِرَاءِ الْإِنْسَانِ مَا تَصَدَّقَ بِهِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٣٩/٣ .
وَالْتِّرَمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي كِرَاهَةِ الرَّجُوعِ فِي الْهَبَةِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيُوعِ ، وَبَابِ مَا جَاءَ فِي كِرَاهَةِ الرَّجُوعِ فِي الْهَبَةِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْوَلَاءِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٣٠١/٥ ، ٢٩٣/٨ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ شِرَاءِ الصَّدَقَةِ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ . الْمُجْتَبَى ٨٢/٥ . وَابْنُ مَاجَةٍ ، فِي : بَابِ الرَّجُوعِ فِي الْهَبَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةٍ ٧٩٧/٢ وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ شِرَاءِ الصَّدَقَةِ وَالْعُودِ فِيهَا ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ . الْمَوْطَأُ ٢٨٢/١ .

عَوْضٍ ، فَلَزِمَ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ ، كَالْوَقْفِ وَالْعَتَقِ . وَرَبَّمَا قَالُوا : تَبَرُّعٌ ، فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْقَبْضُ ، كَالْوَصِيَّةِ وَالْوَقْفِ . وَلَئِنَّ عَقْدَ لَزِمَ يَنْقُلُ الْمِلْكَ ، فَلَمْ يَقِفْ لُزُومُهُ عَلَى الْقَبْضِ كَالْبَيْعِ . وَلَنَا ، إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، فَإِنَّ مَا قُلْتَاهُ مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، وَلَمْ يُعْرَفْ لهما فِي الصَّحَابَةِ مُخَالَفٌ ، فَرَوَى عُرْوَةُ ، عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَنَّ أَبَا بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، نَحَلَهَا جِذَاذَ عِشْرِينَ وَسَقًا مِنْ مَالِهِ بِالْعَالِيَةِ . فَلَمَّا مَرَضَ ، قَالَ : يَا بُنَيَّةُ ، مَا أَحَدٌ أَحَبُّ إِلَيَّ غَنَى بَعْدِي مِنْكَ ، وَلَا أَحَدٌ أَعَزُّ عَلَيَّ فَقْرًا مِنْكَ ، وَكَنتُ نَحَلْتُكَ جِذَاذَ عِشْرِينَ وَسَقًا ، وَوَدَدْتُ أَنَّكَ حُزْتِيهِ أَوْ قَبْضَتِيهِ ، وَهُوَ الْيَوْمَ مَالُ الْوَارِثِ أَخَوَاكَ وَأُخْتَاكَ ، فَاقْتَسِمُوا عَلَى كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ^(٩) . وَرَوَى ابْنُ عُيَيْنَةَ ، عَنْ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ عُرْوَةَ ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَبْدِ الْقَارِي ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ، قَالَ : مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَنْحَلُونَ أَوْلَادَهُمْ ، فَإِذَا مَاتَ أَحَدُهُمْ ، قَالَ : مَالِي ، وَفِي يَدِي . وَإِذَا مَاتَ هُوَ^(١٠) ، قَالَ : قَدْ^(١١) كُنْتُ نَحَلْتُهُ وَلَدِي . لَا نَحْلَةَ إِلَّا نَحْلَةً يَحُوزُهَا^(١٢) الْوَلَدُ دُونَ الْوَالِدِ ، فَإِنْ مَاتَ وَرَثَهُ . وَرَوَى عُثْمَانُ أَنَّ الْوَالِدَ يَحُوزُ^(١٣) لَوْلَدِهِ إِذَا كَانُوا صِغَارًا . قَالَ الْمَرْوُذِيُّ : اتَّفَقَ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ وَعُثْمَانُ وَعَلِيٌّ ، أَنَّ الْهَبَةَ لَا تَحُوزُ إِلَّا مَقْبُوضَةً . وَلَئِنَّهَا هَبَةٌ غَيْرُ مَقْبُوضَةٍ ، فَلَمْ تَلْزَمْ ، كَمَا لَوْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ ، فَإِنَّ مَالَكَا يَقُولُ : لَا يَلْزَمُ الْوَرِثَةُ التَّسْلِيمُ ، وَالْخَبَرُ مَحْمُولٌ عَلَى الْمَقْبُوضِ ، وَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَى الْوَقْفِ وَالْوَصِيَّةِ وَالْعَتَقِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ إِخْرَاجَ مِلْكٍ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ، فَخَالَفَ التَّمْلِيكَاتِ ، وَالْوَصِيَّةُ تَلْزَمُ فِي حَقِّ الْوَارِثِ ، وَالْعَتَقُ إِسْقَاطُ حَقٍّ وَلَيْسَ بِتَمْلِيكِ ، وَلِأَنَّ الْوَقْفَ وَالْعَتَقَ لَا يَكُونُ فِي مَحَلِّ التَّزَاعُ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ .

فصل : وقول الخِرْقِي : « لَا يَصِحُّ » . يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ لَا يَلْزَمُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ

(٩) تقدم تخريجه في صفحة ٢٠٦ .

(١٠) سقط من : م .

(١١) في م : « يحرزها » .

(١٢) في م : « يحرز » .

لا يثبت بها الملك قبل القبض ، فإن حُكِمَ^(١٣) الملك حُكْمُ الهبة ، والصحة اعتبارُ الشيء في حق حُكْمِهِ . وأما الصحة^(١٤) بمعنى انعقاد اللفظ بحيث إذا انضم إليه القبض اعتبر وثبت^(١٥) حُكْمُهُ ، فلا يصح حمل لفظه على نفيه ، لعدم الخلاف فيه ، ولأنه قال في سياق المسألة : « كما يصح في البيع » . وقد تقرر في البيع أن بيع المكيل والموزون صحيح قبل القبض ، وإنما ينتفى الضمان وإطلاقه في التصرفات . / ١٦٦/٥
وقوله : « ما يكال وما يوزن » ظاهره العموم في كل موزون ومكيل ، وخاصة أصحابنا المتأخرون بما ليس بمتعين فيه ، كالقفيز من صبرة ، والرطل من زبرة . وقد ذكرنا ذلك في البيع ، ورجحنا العموم .

فصل : والواهب بالخيار قبل القبض ، إن شاء قبضها وأمضاها ، وإن شاء رجع فيها ومنعها . ولا يصح قبضها إلا بإذنه ، فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة ، ولم يصح القبض . وحكى عن أبي حنيفة أنه إذا قبضها في المجلس صح ، وإن لم يأذن له ؛ لأن الهبة قامت مقام الإذن في القبض ، لكونها دالة على رضا بالتملك الذي لا يتم إلا بالقبض . ولنا ، أنه قبض الهبة بغير إذن الواهب ، فلم يصح ، كما بعد المجلس ، أو كما لو نهاه عن قبضها ، ولأن^(١٦) التسليم غير مستحق على الواهب ، فلا يصح التسليم إلا بإذنه ، كما لو أخذ المشتري المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه . ولا يصح جعل الهبة إذناً في القبض ، بدليل ما بعد المجلس . ولو أذن الواهب في القبض ، ثم رجع عن الإذن ، أو رجع في الهبة ، صح رجوعه ؛ لأن ذلك ليس بقبض ، وإن رجع بعد القبض ، لم ينفع رجوعه ؛ لأن الهبة تمت .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) في م : « صحته » .

(١٥) في م : « وثبت » .

(١٦) في الأصل : « وليس » .

فصل : وإذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض ، بطلت الهبة ، سواء كان قبل الإذن في القبض أو بعده . ذكره القاضى فى موت الواهب ؛ لأنه عقد جائز ، فبطل بموت أحد المتعاقدين ، كالوكالة والشركة . وقال أحمد ، فى رواية أبى طالب ، وأبى الحارث ، فى رجل أهدى هدية فلم تصل إلى المهدى إليه ، حتى مات ؛ فإنها تعود إلى صاحبها ما لم يقبضها . وروى ^(١٧) بإسناده عن أم كلثوم بنت أبى ^(١٨) سلمة ، قالت : لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة ، قال لها : « إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقى مسك ، ولا أرى النجاشي إلا قد مات ، ولا أرى هديتي إلا ^(١٨) مردودة عليّ ، فإن ردت فهي لك » . قالت : فكان ما قال رسول الله ﷺ ، وردت عليه هديته ، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك ، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة . وإن مات صاحب الهدية قبل أن تصل إلى المهدى إليه ، رجعت إلى ورثة ^(١٩) المهدى ، وليس للرسول حملها إلى المهدى إليه ، إلا أن يأذن له الوارث . ولورجع المهدى فى هديته قبل وصولها إلى المهدى إليه ، صح رجوعه فيها ، والهبة كالهديّة . وقال أبو الخطاب : إذا مات الواهب ، قام وارثه مقامه / فى الإذن فى القبض والفسخ . وهذا ^(٢٠) يدل على أن الهبة لا تنفسخ بموته . وهذا قول أكثر أصحاب الشافعى ؛ لأنه عقد ماله إلى الزوم ، فلم ينفسخ بالموت كالبيع ^(١٩) المشروط فيه الخيار . وكذلك يخرج فيما إذا مات الموهوب له بعد قبوله . وإن مات أحدهما قبل القبول ، أو ما يقوم مقامه ، بطلت ، وجهاً واحداً ؛ لأن العقد لم يتم ، فأشبه ما لو أوجب البيع ، فمات أحدهما قبل القبول من المشتري . وإذا قلنا : إن الهبة لا تبطل .

(١٧) المسند ٤٠٤/٦ .

(١٨) سقط من : م .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) فى م زيادة : « ما » .

فمات أحدهما بعد الإذن في القبض ، بطل الإذن ، وجهاً واحداً ؛ لأن الميث إن كان هو الواهب فقد انتقل حقه في الرجوع في الهبة إلى وارثه ، فلم يلزم بغير إذنه . وإن كان الموهوب له ، فلم يوجد الإذن لوارثه ، فلم يملك القبض بغير إذن .

فصل : وإن وهبه شيئاً في يد المتهب ، كوديعة ، أو معصوب ، فظاهر كلام أحمد أن الهبة تلزم من غير قبض ، ولا مضى مدة يتأتى القبض فيها ؛ فإنه قال في رواية ابن منصور : إذا وهب لأمراه شيئا ولم تقبضه ، فليس بينه وبينها خيار ، هي معه في البيت . فظاهر هذا أنه لم يعتبر قبضاً ، ولا مضى مدة يتأتى فيها ، لكونها معه في البيت ، فيدها على مافيه . وقال القاضي : لا بد من مضى مدة يتأتى فيها القبض . وقد روى عن أحمد ، رواية أخرى ، أنه يفتقر إلى إذن في القبض . وقد مضى تعليل ذلك وتفصيله في الرهن . ومذهب الشافعي كمدھبنا ، في الاختلاف في اعتبار الإذن ، واعتبار مضى مدة يتأتى القبض فيها .

٩٣٢ - مسألة : قال : (ويصح في غير ذلك بغير قبض ، إذا قبل ، كما يصح في البيع)

يعنى أن غير المكيل والموزون تلزم الهبة فيه بمجرد العقد ، ويثبت الملك في الموهوب قبل قبضه . وروى ذلك عن علي وابن مسعود ، رضى الله عنهما ^(١) فإنه يروى عنهما ^(٢) أنهما قالوا : الهبة جائزة إذا كانت معلومة ، قبضت أو لم تقبض . وهو قول مالك ، وأبي ثور . وعن أحمد ، رواية أخرى : لا تلزم الهبة في الجميع إلا بالقبض . وهو قول أكثر أهل العلم . قال المروزي : اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ، على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة . ويروى ذلك عن النخعي ، والثوري ، والحسن بن صالح ، والعنبري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، لما ذكرنا في المسألة

(١ - ١) سقط من : م .

الأولى . وَوَجْهُ الرُّوَايَةِ الأولى ، أَنَّ الهِيبَةَ أَحَدُ نَوْعَيْ التَّمْلِيكِ ، فَكَانَ مِنْهَا مَا لَا يَلْزَمُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، / وَمِنْهَا مَا يَلْزَمُ قَبْلَهُ ، كَالْبَيْعِ ، فَإِنْ مِنْهُ ^(٢) مَا لَا يَلْزَمُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَهُوَ ١٦٧/٥ ط الصَّرْفُ ، وَبَيْعُ الرِّبَوِيَّاتِ ، وَمِنْهُ مَا يَلْزَمُ قَبْلَهُ ، وَهُوَ مَا عَدَا ذَلِكَ . فَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي بَكْرٍ ^(٣) ، فَلَا يَلْزَمُ ، فَإِنَّ جِدَادَ عَشْرِينَ وَسَقًا ، يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ عَشْرِينَ وَسَقًا مَجْدُودَةً ، فَيَكُونُ مَكِيلًا ، غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، وَهَذَا لَا بُدَّ فِيهِ مِنَ الْقَبْضِ . وَإِنْ أَرَادَ تَخْلَا يُجَدُّ عَشْرِينَ وَسَقًا ، فَهُوَ أَيْضًا غَيْرُ مُعَيَّنٍ وَلَا تَصِحُّ الهِيبَةُ ^(٤) فِيهِ قَبْلَ تَعْيِينِهِ ، فَيَكُونُ مَعْنَاهُ : وَعَدْتُكَ بِالتَّحْلَةِ . وَقَوْلُ عَمْرٍ ^(٥) أَرَادَ بِهِ النَّهْيَ عَنِ التَّحْيِيلِ بِنَجْلَةِ الْوَالِدِ وَلَدَهُ نَحْلَةً مَوْقُوفَةً عَلَى الْمَوْتِ ، فَيُظْهِرُ : إِنِّي نَحَلْتُ وَلَدِي شَيْئًا . وَيُمْسِكُهُ فِي يَدِهِ وَيَسْتَعْلِيهِ ، فَإِذَا مَاتَ أَخَذَهُ وَلَدَهُ بِحُكْمِ التَّحْلَةِ الَّتِي أَظْهَرَهَا ، وَإِنْ مَاتَ وَلَدُهُ أَمْسَكَهُ ، وَلَمْ يُعْطَ وَرَثَةً وَلَدَهُ شَيْئًا . وَهَذَا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ مُحَرَّمٌ ، فَتَهَاكُمُ عَنْ هَذَا حَتَّى يَحْزُرَهَا الْوَلَدُ دُونَ وَالِدِهِ ، فَإِنْ مَاتَ وَرَثَهَا وَرَثَتُهُ ، كَسَائِرِ مَالِهِ . وَإِذَا كَانَ الْمَقْصُودُ هَذَا اخْتَصَصَ بِهَيْبَةِ الْوَلَدِ ^(٦) (دُونَ وَالِدِهِ) ، وَشَبَّهِهُ ، عَلَى أَنَّهُ قَدْ رَوَى عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ خِلَافَ ذَلِكَ ، فَتَعَارَضَتْ أَقْوَالُهُمْ .

فصل : قولُ الجَرَقِيِّ : « إِذَا قِيلَ » يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يُسْتَعْنَى عَنِ الْقَبْضِ فِي مَوْضِعٍ وَجَدَ فِيهِ الْإِجْبَابَ وَالْقَبُولَ . وَالْإِجْبَابُ أَنْ يَقُولَ : وَهَبْتُكَ ، أَوْ أَهْدَيْتُ إِلَيْكَ ، أَوْ أَعْطَيْتُكَ ، أَوْ هَذَاكَ . وَنَحْوُهُ مِنَ الْأَلْفَاظِ الدَّالَّةِ عَلَى هَذَا الْمَعْنَى . وَالْقَبُولُ أَنْ يَقُولَ : قَبِلْتُ ، أَوْ رَضِيتُ ، أَوْ نَحْوَ هَذَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، أَنَّ الْهَيْبَةَ وَالْعَطِيَّةَ لَا تَصِحُّ كُلُّهُمَا إِلَّا بِالْإِجْبَابِ وَقَبُولٍ ، وَلَا بُدَّ مِنْهُمَا ، سَوَاءً وَجَدَ الْقَبْضُ أَوْ لَمْ يَوْجَدْ . وَهَذَا

(٢) فِي م : فِيهِ .

(٣) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٢٠٦ .

(٤) فِي الْأَصْلِ : الْقَبْضُ .

(٥) تَقْدِمُ فِي صَفْحَةِ ٢٠٦ .

(٦) ٦ - ٦) سَقَطَ مِنْ : م .

قول أكثر أصحاب الشافعي ؛ لأنه عقد تمليك ، فافتقر إلى الإيجاب والقبول ، كالنكاح . والصحيح أن المعاطة والأفعال الدالة على الإيجاب والقبول كافية ، ولا يحتاج إلى لفظ . وهذا اختيار ابن عقيل ؛ فإن النبي ﷺ كان يهدي ويهدي إليه ، ويعطي ويعطى ، ويفرق الصدقات ، ويأمر سعاته بتفريقها وأخذها ، وكان أصحابه يفعلون ذلك ، ولم ينقل عنهم في ذلك إيجاب ولا قبول ، ولا أمر به ولا تعليمة لأحد ، ولو كان ذلك شرطاً لنقل عنهم نقلاً مشتهراً^(٧) ، وكان ابن عمر على بيع عمر ، فقال النبي ﷺ لعمر : « بغيره » . فقال : هو لك يا رسول الله . فقال رسول الله ﷺ : « هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ ، فَاصْنَعْ بِهِ مَا شِئْتَ »^(٨) . ولم ينقل قبول النبي ﷺ من عمر ، ولا قبول ابن عمر من النبي ﷺ ، / ولو كان شرطاً لفعله النبي ﷺ ، وعلمه ابن عمر ، ولم يكن ليأمره أن يصنع به ما شاء قبل أن يقبله . وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ كان إذا أتى بطعام سأل عنه ، فإن قالوا : صدقة . قال لأصحابه : « كلوا » . ولم يأكل ، وإن قالوا : هدية . ضرب بيده ، فأكل معهم^(٩) . ولا خلاف بين العلماء ، فيما علمناه ، في أن تقديم الطعام بين يدي الضيفان إذن في الأكل ، وأنه لا يحتاج إلى قبول بقوله . ولأنه وجد ما يدل على التراضي بنقل المليك ، فاكْتَفَى به ، كما لو وجد الإيجاب والقبول . قال ابن عقيل : إنما يشترط الإيجاب والقبول مع الإطلاق ، وعدم العرف القائم بين المعطي والمعطى ؛ لأنه إذا لم يكن عرف يدل على الرضا ، فلا بد من قول دال عليه ، أمّا مع قرائن الأحوال والدلائل^(١٠) ، فلا وجه لتوقيفه^(١١) على اللفظ ، ألا ترى أننا اكتفينا بالمعاطة في البيع ، واكتفينا بدلالة الحال

و ١٦٨/٥

(٧) في م : « مشهورا » .

(٨) تقدم تخريجه في : ٢٤/٦ ، ٢٥ .

(٩) تقدم تخريجه في : ١١٦/٤ ، ويضاف إليه : وأخرجه البخاري ، في : باب ما يذكر في الصدقة للنبي ﷺ ، من كتاب الزكاة . صحيح البخاري ١٥٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٩٠/٣ .

(١٠) في الأصل : « والدلالة » .

(١١) في م : « لتوقيفه » .

في دُخُولِ الْحَمَامِ ، وَهُوَ إِجَارَةٌ وَبَيْعُ أَغْيَانٍ ، فَإِذَا اكْتَفَيْنَا بِالْمَعَاوَضَاتِ مَعَ تَأْكُودِهَا بِدَلَالَةِ الْحَالِ ، وَأَنَّهُ تَنْقُلُ الْمِلْكُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، فَلَأَن نَكْتَفِيَ بِهِ فِي الْهَبَةِ أَوْلَى .

فصل : وَالْقَبْضُ فِيمَا لَا يُنْقَلُ بِالتَّخْلِيَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ ، لَا حَائِلَ دُونَهُ ، وَفِيمَا يُنْقَلُ بِالنَّقْلِ ، وَفِي الْمُشَاعِ بِتَسْلِيمِ الْكُلِّ إِلَيْهِ . فَإِنِ ابْنَى الشَّرِيكَ أَنْ يُسَلِّمَ نَصِيْبَهُ ، قِيلَ لِلْمُتَّهِبِ : وَكُلَّ الشَّرِيكَ فِي قَبْضِهِ لَكَ وَتَقْلَهُ . فَإِنِ ابْنَى ، نَصَّبَ الْحَاكِمُ مَنْ يَكُونُ فِي يَدِهِ لَهَا ، فَيَنْقُلُهُ ، لِيَحْصُلَ الْقَبْضُ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى الشَّرِيكَ فِي ذَلِكَ وَيَتِمُّ بِهِ عَقْدُ شَرِيكِهِ .

فصل : وَتَصِحُّ هَبَةُ الْمُشَاعِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . ^(١٢) قَالَ الشَّافِعِيُّ ^(١٣) : وَسَوَاءٌ ^(١٤) فِي ذَلِكَ مَا أَمَكَّنَ قِسْمَتُهُ ؛ أَوْ لَمْ يُمَكِّنْ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا تَصِحُّ هَبَةُ الْمُشَاعِ الَّذِي يُمَكِّنُ قِسْمَتُهُ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ شَرْطٌ فِي الْهَبَةِ ، وَوُجُوبُ الْقِسْمَةِ يَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَبْضِ وَتَمَامَهُ . فَإِنِ كَانَ مِمَّا لَا يُمَكِّنُ قِسْمَتُهُ ، صَحَّتْ هَبَتُهُ ؛ لِغَدَمِ ذَلِكَ فِيهِ . وَإِنْ وَهَبَ وَاحِدًا اثْنَيْنِ شَيْئًا مِمَّا يَنْقَسِمُ ، لَمْ يَجْزِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ . وَجَازَ عِنْدَ صَاحِبَيْهِ . وَإِنْ وَهَبَ اثْنَانِ اثْنَيْنِ شَيْئًا مِمَّا يَنْقَسِمُ ، لَمْ يَصِحَّ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِمْ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَّهِبِينَ قَدْ وَهَبَ لَهُ جُزْءَ مُشَاعٍ . وَلَنَا ، أَنْ وَفَدَ هَوَازِنَ لِمَا جَاؤُوا يَطْلُبُونَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِمْ مَا غَنِمَهُ ^(١٥) مِنْهُمْ ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَا كَانَ لِي وَلِابْنِي عَبْدِ الْمُطَّلِبِ ، فَهُوَ لَكُمْ » . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ ^(١٥) . وَهَذَا هَبَةُ

(١٢ - ١٣) سقط من : الأصل .

(١٣) سقطت الواو من : م .

(١٤) في الأصل : « غنموا » .

(١٥) في : باب إذا وهب شيئا لوكيل ... ، من كتاب الوكالة ، وفي : باب من ملك من العرب رقيقا ... ، من كتاب العتق ، وفي : باب من رأى الهبة الغائبة جائزة ، من كتاب الهبة ، وفي : باب من الدليل على أن الخمس لنواب المسلمين ... ، من كتاب الخمس ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ وَيَوْمَ حَتِينٍ إِذْ أُعْجِبْتُمْ كَثَرَتُمْ ﴾ ... ، من كتاب المغازي . صحيح البخارى ٣/ ١٣٠ ، ١٣١ ، ١٩٣ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ٤/ ١٠٨ ، ٩٥/٥ .

وليس فيه لفظ : « ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لكم » .

مُشَاعٌ^(١٦) . وَرَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : سَمِعْتُ النَّبِيَّ ﷺ ، وَقَدْ جَاءَهُ رَجُلٌ وَمَعَهُ كُبَّةٌ^(١٧) مِنْ شَعِيرٍ / ، فَقَالَ : أَخَذْتُ هَذِهِ مِنَ الْمَعْنَمِ لِأَصْلِحَ بَرْدَعَةً لِي . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَا كَانَ لِي وَلِيِّي عَبْدُ الْمُطَّلَبِ فَهُوَ لَكَ »^(١٨) . وَرَوَى عُمَيْرُ^(١٩) بْنُ سَلَمَةَ الضَّمَرِيُّ ، قَالَ : قَالَ خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، حَتَّى أَتَيْنَا الرُّوحَاءَ ، فَرَأَيْنَا حِمَارًا وَحَشَّ مَعْقُورًا ، فَأَرَدْنَا أَخْذَهُ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « دَعُوهُ ، فَإِنَّهُ يُوشِكُ أَنْ يَجِيءَ صَاحِبُهُ » . فَجَاءَ رَجُلٌ مِنْ بَهْرٍ ، وَهُوَ الَّذِي عَقَرَهُ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ : شَأْنُكُمْ الْحِمَارَ . فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَبَا بَكْرٍ أَنْ يَقْسِمَهُ بَيْنَ النَّاسِ . رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، وَالتَّسَائِيُّ^(٢٠) . وَلأنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ ، فَجَارَتْ هِبَتُهُ ، كَالَّذِي لَا يَنْقَسِمُ ، وَلأنَّهُ مُشَاعٌ ، فَأُشْبِهَ مَا لَا يَنْقَسِمُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ وُجُوبَ الْقِسْمَةِ يَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَبْضِ . لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُ لَمْ يَمْنَعْ صِحَّتَهُ فِي الْبَيْعِ ، فَكَذَا هُنَا . وَمَتَى كَانَتِ الْهِبَةُ لِاثْنَيْنِ ، فَقَبْضَاهُ بِإِذْنِهِ ، ثَبَّتَ مِلْكُهُمَا فِيهِ ، وَإِنْ قَبَضَهُ أَحَدُهُمَا ، ثَبَّتَ الْمِلْكُ فِي نَصِيبِهِ دُونَ نَصِيبِ صَاحِبِهِ .

فصل : ومتى قلنا : إِنَّ الْقَبْضَ شَرْطُ فِي الْهِبَةِ . لَمْ تَصِحَّ الْهِبَةُ فِيمَا لَا يُمْكِنُ تَسْلِيمُهُ . كَالْعَبْدِ الْآبِقِ ، وَالْجَمَلِ الشَّارِدِ ، وَالْمَعْصُوبِ لِغَيْرِ غَاصِبِهِ مِمَّنْ لَا يَقْدِرُ عَلَى أَخْذِهِ مِنْ غَاصِبِهِ . وَبِهَذَا يَقُولُ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ؛ لِأنَّهُ عَقْدٌ يَقْتَضِي إِلَى الْقَبْضِ ، فَلَمْ يَصِحَّ فِي ذَلِكَ ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ وَهَبَ الْمَعْصُوبُ لَغَاصِبِهِ ، أَوْ لَمْ يَتِمَّكَنْ مِنْ أَخْذِهِ مِنْهُ ،

= ولكن أخرجه : التَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ هِبَةِ الْمَشَاعِ ، مِنْ كِتَابِ الْهِبَةِ . الْمُجْتَبَى ٢٢٠/٦ ، ٢٢١ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٨٤/٢ ، ٢١٨ .

(١٦) فِي م : « الْمَشَاعُ » .

(١٧) الْكُبَّةُ مِنَ الشَّعْرِ : الْخِصْلَةُ الْمُجْتَمِعَةُ مِنْهُ .

(١٨) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي فِدَاءِ الْأَسْرِ بِالْمَالِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٥٧/٢ ، ٥٨ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٨٤/٢ .

(١٩) فِي النِّسَخِ : « عَمْرُو » ، وَالتَّصْوِيبُ مِنْ : الْمُجْتَبَى ، وَالْمُسْنَدِ .

(٢٠) أَخْرَجَهُ التَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ إِبَاحَةِ أَكْلِ لَحُومِ حِمْرِ الْوَحْشِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّيْدِ . الْمُجْتَبَى ١٨١/٧ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤١٨/٣ .

صَحَّ ؛ لَأَنَّهُ مُمَكِّنٌ^(٢١) قَبْضُهُ ، وَلَيْسَ لَغَيْرِ الْغَاصِبِ الْقَبْضُ إِلَّا بِإِذْنِ الْوَاحِبِ . فَإِنْ وَكَّلَ الْمَالِكُ الْغَاصِبَ فِي تَقْبِضِهِ ، صَحَّ . وَإِنْ وَكَّلَ الْمُتَّهَبُ الْغَاصِبَ فِي الْقَبْضِ لَهُ ، فَقَبِلَ ، وَمَضَى زَمَنٌ يُمَكِّنُ قَبْضَهُ فِيهِ ، صَارَ مَقْبُوضًا ، وَمَلَكَهُ الْمُتَّهَبُ ، وَبَرِئَ الْغَاصِبُ مِنْ ضَمَانِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : الْقَبْضُ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْهَبَةِ . فَمَا لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْقَبْضُ مِنْ ذَلِكَ احْتِمَالُ أَنْ لَا يُعْتَبَرُ فِي^(٢٢) صِحَّةِ هَبَتِهِ^(٢٢) الْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ؛ لَأَنَّهُ تَمْلِيكَ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، أَشْبَهَ الْوَصِيَّةَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَصِحَّ هَبَتُهُ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ ، فَلَمْ تَصِحَّ هَبَتُهُ ، كَالْحَمْلِ فِي الْبَطْنِ . وَكَذَلِكَ يُخْرَجُ فِي هَبَةِ الطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ ، وَالسَّمَكِ فِي الْمَاءِ ، إِذَا كَانَ مَمْلُوكًا .

فصل : وَلَا تَصِحُّ هَبَةُ الْحَمْلِ فِي الْبَطْنِ ، وَاللَّيْنِ فِي الضَّرْعِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ؛ لَأَنَّهُ مَجْهُولٌ مَعْجُوزٌ عَنْ تَسْلِيمِهِ . وَفِي الصُّوفِ عَلَى الظَّهْرِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى صِحَّةِ بَيْعِهِ . وَمَتَى أَذِنَ لَهُ فِي جِزِّ الصُّوفِ ، وَحَلَبِ الشَّاةِ ، كَانَ إِبَاحَةً وَإِنْ وَهَبَ دُهْنَ سِنْسِمِهِ قَبْلَ عَصْرِهِ ، أَوْ زَيْتَ زَيْتُونِهِ ، أَوْ جَفْتَهُ ، لَمْ يَصِحَّ . وَبِهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، / وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَا نَعْلَمُ لَهُمْ مُخَالَفًا . وَلَا تَصِحُّ هَبَةُ الْمَعْدُومِ ، كَالَّذِي تَثْمَرُ شَجَرَتُهُ ، أَوْ تَحْمِلُ أُمْتُهُ ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ عَقْدُ تَمْلِيكَ فِي الْحَيَاةِ ، فَلَمْ تَصِحَّ فِي هَذَا كُلِّهِ ، كَالْبَيْعِ .

فصل : قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ ، وَحَرْبٍ : لَا تَصِحُّ هَبَةُ الْمَجْهُولِ . وَقَالَ ، فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ : إِذَا قَالَ : شَاةٌ مِنْ غَنَمِي . يَعْنِي^(٢٣) : وَهَبْتُهَا لَكَ . لَمْ يَجْزُ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْجَهْلَ إِذَا كَانَ فِي حَقِّ الْوَاحِبِ ، مَنَعَ الصَّحَّةَ ؛ لَأَنَّهُ غَرَّرَ فِي حَقِّهِ . وَإِنْ كَانَ مِنَ الْمَوْهُوبِ لَهُ ، لَمْ يَمْنَعْهَا ؛ لَأَنَّهُ لَا^(٢٤) غَرَّرَ فِي حَقِّهِ ، فَلَمْ يُعْتَبَرُ فِي

(٢١) فِي الْأَصْلِ : « يُمْكِنُ » .

(٢٢) (٢٢ - ٢٢) فِي م : « صَحَّتْ » .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : م .

حَقُّهُ الْعِلْمُ بِمَا يُوهَبُ^(٢٥) لَهُ ، كَالْمَوْصَى لَهُ . وَقَالَ مَالِكٌ : تَصِحُّ هِبَةُ الْمَجْهُولِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ ، فَصَحَّ فِي الْمَجْهُولِ ، كَالنَّذْرِ وَالْوَصِيَّةِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ عَقْدُ تَمْلِيكِ لَا يَصِحُّ تَغْلِيْقُهُ بِالشَّرْوَطِ ، فَلَمْ يَصَحَّ فِي الْمَجْهُولِ ، كَالْبَيْعِ ، بِخِلَافِ^(٢٦) النَّذْرِ وَالْوَصِيَّةِ .

فصل : وَلَا يَصِحُّ تَغْلِيْقُ الْهِبَةِ بِشَرْطٍ ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِيكٌ لِمُعَيَّنٍ فِي الْحَيَاةِ ، فَلَمْ يَجْزُ تَغْلِيْقُهَا عَلَى شَرْطٍ ، كَالْبَيْعِ . فَإِنْ عُلِقَتْ عَلَى شَرْطٍ ، كَقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : «لَا أُكْفِي سَلَمَةً : « إِنْ رَجَعْتَ هَدَيْتُنَا إِلَى النَّجَاشِيِّ فَهِيَ لَكَ »^(٢٧) . كَانَ وَغَدًا . وَإِنْ شَرَطَ فِي الْهِبَةِ شَرْوَطًا تَنَافِي مُقْتَضَاهَا ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : وَهَبْتُكَ هَذَا ، بِشَرْطِ أَنْ لَا تَهَبَهُ ، أَوْ لَا تَبِيعَهُ ، أَوْ بِشَرْطِ أَنْ تَهَبَهُ أَوْ تَبِيعَهُ ، أَوْ بِشَرْطِ أَنْ تَهَبَ فَلَا تَأْشِيئًا . لَمْ تَصِحَّ الشَّرْوَطُ ، وَفِي صِحَّةِ الْهِبَةِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى الشَّرْوَطِ الْفَاسِدَةِ فِي الْبَيْعِ . وَإِنْ وَقَّتْ الْهِبَةَ ، فَقَالَ : وَهَبْتُكَ هَذَا سَنَةً ، ثُمَّ يَعُودُ إِلَى . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ تَمْلِيكِ لِعَيْنٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ مُوقَّتًا ، كَالْبَيْعِ .

فصل : وَإِنْ وَهَبَ أَمَةً ، وَاسْتَتْنَى مَا فِي بَطْنِهَا ، صَحَّ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ أَعْتَقَ أَمَةً وَاسْتَتْنَى مَا فِي بَطْنِهَا ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِالْأُمَّ دُونَ مَا فِي بَطْنِهَا ، فَأَشْبَهَ الْعِتْقَ . وَبِهِ يَقُولُ فِي الْعِتْقِ النَّحْجِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : تَصِحُّ الْهِبَةُ ، وَيَنْطَلُ الْإِسْتِثْنَاءُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَهَبِ الْوَلَدَ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الْمَوْهُوبَ لَهُ ، كَالْمُنْفَصِلِ ، وَكَالْمَوْصَى بِهِ .

فصل : وَإِذَا كَانَ لَهُ فِي ذِمَّةِ إِنْسَانٍ ذَيْنَ ، فَوَهَبَهُ لَهُ ، أَوْ أَبْرَأَهُ مِنْهُ ، أَوْ أَحْلَاهُ مِنْهُ ، صَحَّ ، وَبَرِئَتْ ذِمَّةُ الْعَرِيمِ مِنْهُ ، وَإِنْ رَدَّ ذَلِكَ ، وَلَمْ يَقْبَلْهُ ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى الْقَبُولِ ، كَالِإِسْقَاطِ الْقِصَاصِ وَالشُّفْعَةِ وَحَدِّ الْقَذْفِ ، وَكَالْعِتْقِ وَالطَّلَاقِ . وَإِنْ قَالَ :

(٢٥) فِي م : « يَوْجِب » .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ : « وَفَارَقَ » .

(٢٧) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٢٤٣ .

تَصَدَّقْتُ بِهِ عَلَيْكَ . صَحَّ ، فَإِنَّ الْقُرْآنَ وَرَدَّ فِي الْإِبْرَاءِ بِلَفْظِ الصَّدَقَةِ ، بِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا ﴾ ^(٢٨) . وَإِنْ قَالَ : عَفَوْتُ لَكَ عَنْهُ . ١٦٩/٥ ظ
صَحَّ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ إِلَّا أَنْ يَغْفُورَ أَوْ يَغْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النَّكَاحِ ﴾ ^(٢٩) .
يَعْنِي بِهِ الْإِبْرَاءَ مِنَ الصَّدَاقِ . وَإِنْ قَالَ : اسْقَطْتُهُ عَنْكَ . صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِحَقِيقَةِ اللَّفْظِ
الْمَوْضُوعِ لَهُ . وَإِنْ قَالَ : مَلَكَتْكَ إِيَّاهُ . صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ هَبْتَهُ إِيَّاهُ .

فصل : وَإِنْ وَهَبَ الدَّيْنُ لغير مَنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ ، أَوْ بَاعَهُ إِيَّاهُ ، لَمْ يَصِحَّ . وَبِهِ قَالَ
فِي الْبَيْعِ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَاسْحَاقُ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا كَانَ لَكَ عَلَى رَجُلٍ طَعَامٌ
قَرْضًا ، فَبِعْتَهُ مِنَ الَّذِي هُوَ عَلَيْهِ بِتَقْدِيرٍ ، وَلَا تَبِعَهُ مِنْ غَيْرِهِ بِتَقْدِيرٍ وَلَا نَسِيئَةٍ ، وَإِذَا أَقْرَضْتَ
رَجُلًا دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ ، فَلَا تَأْخُذْ مِنْ غَيْرِهِ غَرْضًا بِمَا لَكَ عَلَيْهِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ
كَانَ الدَّيْنُ عَلَى مُعْسِرٍ ، أَوْ مُمَاطِلٍ ، أَوْ جَاحِدٍ لَهُ ، لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّهُ مَعْجُورٌ عَنْ
تَسْلِيمِهِ ، وَإِنْ كَانَ عَلَى مَلِيٍّ بِإِذِلِّهِ ، فَفِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ ابْتِاعَ بِمَالٍ
ثَابِتٍ فِي الذِّمَّةِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى فِي ذِمَّتِهِ ، وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ بَعِيْنٌ ، أَوْ يَتَقَابَضَانِ
فِي الْمَجْلِسِ ، لِثَلَاثِ أَنْ يَكُونَ بَيْعٌ دَيْنٍ بِدَيْنٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ غَيْرُ قَادِرٍ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ،
كَبَيْعِ الْآبِقِ . فَأَمَّا هَبْتُهُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَصِحَّ ، كَالْبَيْعِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ
لَا غَرَرَ فِيهَا عَلَى الْمُتَهَبِ ، وَلَا الْوَاهِبِ ، فَتَصِحُّ ^(٣٠) ، كَهَبَةِ الْأَعْيَانِ ^(٣١) .

فصل ^(٣٢) : تَصِحُّ الْبَرَاءَةُ مِنَ الْمَجْهُولِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا سَبِيلٌ إِلَى مَعْرِفَتِهِ . وَقَالَ
أَبُو حَنِيفَةَ : تَصِحُّ مُطْلَقًا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا تَصِحُّ ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَرَادَ ذَلِكَ قَالَ : أَبْرَأْتُكَ
مِنْ دِرْهِمٍ إِلَى أَلْفٍ . لِأَنَّ الْجَهَالََةَ إِنَّمَا مُنَعَتْ لِأَجْلِ الْغَرَرِ ، فَإِذَا رَضِيَ بِالْجُمْلَةِ ، فَقَدْ
زَالَ الْغَرَرُ ، وَصَحَّتِ الْبَرَاءَةُ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِرَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَيْهِ فِي مَوَارِيثَ

(٢٨) سورة النساء ٩٢ .

(٢٩) سورة البقرة ٢٣٧ .

(٣٠) في الأصل : « فصح » .

(٣١) في الأصل : « الأثمان » .

(٣٢) هذا الفصل كله سقط من : الأصل .

دَرَسَتْ : « اِقْسِمَا ، وَتَوَخَّيَا الْحَقَّ ، ثُمَّ اسْتَهِمَا ، ثُمَّ تَحَالَا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (٣٣) .
ولأنَّه إسقاطٌ ، فصَحَّ في المَجْهُولِ ، كَالْعَتَاقِ وَالطَّلَاقِ ، وكَمَا لو قال : من ذَرَهُم إلى
أَلْفٍ . ولأنَّ الحَاجَةَ دَاعِيَةً إلى تَبَرُّةِ الذِّمَّةِ ، وَلَا سَبِيلَ إلى العِلْمِ بِمَا فِيهَا ، فَلَوَقَفَ صِحَّةَ
الْبَرَاءَةِ عَلَى الْعِلْمِ ، لَكَانَ سَدًّا لِبَابِ عَفْوِ الْإِنْسَانِ عَنْ أَخِيهِ الْمُسْلِمِ ، وَتَبَرُّةِ ذِمَّتِهِ ،
فَلَمْ يَجْزِ ذَلِكَ ، كَالْمَنْعِ مِنَ الْعِتْقِ . وَأَمَّا إِنْ كَانَ مِنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ يَعْلَمُهُ ، وَيَكْتُمُهُ
الْمُسْتَحِقُّ ، خَوْفًا مِنْ أَنَّهُ إِذَا عَلِمَهُ لَمْ يَسْمَحْ بِإِبْرَائِهِ مِنْهُ ، فَيَنْبَغِي أَنْ لَا تَصِحَّ الْبَرَاءَةُ فِيهِ ؛
لأنَّ فِيهِ تَغْيِيرًا بِالْمُشْتَرَى ، وَقَدْ أَمَكَّنَ التَّحَرُّزُ مِنْهُ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ مَائَةٍ ،
وَهُوَ يَعْتَقِدُ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهِ ، وَكَانَ لَهُ عَلَيْهِ مَائَةٌ ، فَفِي صِحَّةِ الْبَرَاءَةِ وَجْهَانِ ؛
أَحَدُهُمَا ، صِحَّتُهَا ؛ لِأَنَّهَا صَادَفَتْ مِلْكَهُ ، فَأَسْقَطَتْهُ ، كَمَا لو عَلِمَهَا . وَالثَّانِي ، لَا
تَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ أَبْرَأَهُ مِمَّا لَا يَعْتَقِدُ أَنَّهُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِبْرَاءً فِي الْحَقِيقَةِ . وَأَصْلُ
الْوَجْهَيْنِ مَالُو بَاعَ مَا لَا كَانَ لِمُورُوثِهِ ، يَعْتَقِدُ أَنَّهُ بَاقٍ لِمُورُوثِهِ ، وَكَانَ مُورُوثُهُ قَدَمَاتٍ ،
وَانْتَقَلَ مِلْكُهُ إِلَيْهِ ، فَهَلْ يَصِحُّ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ فِي الْبَيْعِ ، وَفِي صِحَّةِ
الْإِبْرَاءِ وَجْهَانِ .

٩٣٣ - مسألة ؛ قال : (وَيَقْبِضُ لِلطِّفْلِ أَبُوهُ ، أَوْ وَصِيُّهُ بَعْدَهُ ^(١)) ، أَوِ الْحَاكِمُ ،
أَوْ أَمِينُهُ بِأَمْرِهِ)

وجملة ذلك أَنَّ الطِّفْلَ لَا يَصِحُّ قَبْضُهُ لِنَفْسِهِ ، وَلَا قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ
التَّصَرُّفِ ، وَوَلِيُّهُ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي ذَلِكَ ؛ فَإِنْ كَانَ لَهُ أَبٌ أَمِينٌ فَهُوَ وَلِيُّهُ ؛ لِأَنَّهُ أَشْفَقُ عَلَيْهِ ،
وَأَقْرَبُ إِلَيْهِ ، وَإِنْ مَاتَ أَبُوهُ الْأَمِينُ ، وَلَهُ وَصِيٌّ ، فَوَلِيُّهُ وَصِيُّهُ ؛ لِأَنَّ الْأَبَ أَقَامَهُ مَقَامَ
نَفْسِهِ ، فَجَرَى مَجْرَى وَكَيْلِهِ . وَإِنْ كَانَ الْأَبُ غَيْرَ مَأْمُونٍ ، لِفُسْقٍ أَوْ جُنُونٍ ، أَوْ مَاتَ
عَنْ غَيْرِ وَصِيٍّ ، فَأَمِينُهُ الْحَاكِمُ ، وَلَا يَلِي مَالَهُ غَيْرُهُ هَؤُلَاءِ الثَّلَاثَةِ ، وَأَمِينُ الْحَاكِمِ يَقُومُ

(٣٣) تقدم تخرجه في : ٢٦٥/٦ .

(١) سقط من : م .

مَقَامَهُ ، وَكَذَلِكَ وَكَيْلُ الْأَبِ وَالْوَصِيُّ ، فَيَقُومُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَقَامَ الصَّبِيِّ فِي الْقَبُولِ وَالْقَبْضِ إِنْ اِخْتِيجَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قَبُولٌ لِمَا لِلصَّبِيِّ فِيهِ حَظٌّ ، فَكَانَ إِلَى الْوَلِيِّ ، كَالْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ . وَلَا يَصِحُّ الْقَبْضُ وَالْقَبُولُ مِنْ غَيْرِ هَؤُلَاءِ . (٢) فَإِنْ أَحْمَدُ قَالَ (٢) ، فِي رِوَايَةٍ صَالِحَةٍ ، فِي صَبِيٍّ وَهَبَتْ لَهُ هَبَّةٌ ، أَوْ تُصَدَّقُ عَلَيْهِ بِصَدَقَةٍ ، فَقَبِضَتْ الْأُمُّ ذَلِكَ وَأَبُوهُ حَاضِرٌ ، فَقَالَ : لَا أَعْرِفُ لِلْأُمِّ قَبْضًا ، وَلَا يَكُونُ إِلَّا لِلْأَبِ . وَقَالَ عُثْمَانُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : أَحَقُّ مَنْ يَحُوزُ (٣) عَلَى الصَّبِيِّ أَبُوهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ إِنَّمَا يَكُونُ مِنَ الْمُتَهَبِ أَوْ / نَائِبِهِ ، وَالْوَالِي (٤) نَائِبٌ بِالشَّرْعِ ، فَصَحَّ قَبْضُهُ لَهُ ، أَمَّا غَيْرُهُ فَلَا نِيَابَةَ لَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ الْقَبْضُ وَالْقَبُولُ مِنْ غَيْرِهِمْ عِنْدَ عَدَمِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَى ذَلِكَ ، فَإِنَّ الصَّبِيَّ قَدْ يَكُونُ فِي مَكَانٍ لَا حَاكِمَ فِيهِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَبٌ وَلَا وَصِيٌّ ، وَيَكُونُ فَقِيرًا لَا غِنَى بِهِ عَنِ الصَّدَقَاتِ ، فَإِنْ لَمْ يَصِحَّ قَبْضُ غَيْرِهِمْ لَهُ ، انْسَدَّ بَابُ وُصُولِهَا إِلَيْهِ ، فَيَضِيعُ وَيَهْلِكُ ، وَمُرَاعَاةُ حِفْظِهِ عَنِ الْهَلَاكِ أَوْلَى مِنْ مُرَاعَاةِ الْوِلَايَةِ . فَعَلِيَ هَذَا ، لِلْأُمِّ الْقَبْضُ لَهُ ، وَكُلُّ مَنْ يَلِيهِ مِنْ أَقَارِبِهِ وَغَيْرِهِمْ . وَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ مُمَيَّزًا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الطِّفْلِ ، فِي قِيَامِ وَلِيِّهِ مَقَامَهُ ، لِأَنَّ الْوِلَايَةَ لَا تَزُولُ عَنْهُ قَبْلَ الْبُلُوغِ ، إِلَّا أَنَّهُ (٥) إِذَا قَبِلَ لِنَفْسِهِ ، وَقَبِضَ لَهَا ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُ وَشِرَاؤُهُ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ ، فَهَهُنَا أَوْلَى . وَلَا يَخْتَاجُ إِلَى إِذْنِ الْوَلِيِّ هَهُنَا ؛ لِأَنَّهُ مَحْضُ مَصْلَحَةٍ ، وَلَا ضَرَرَ فِيهِ ، فَصَحَّ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ ، كَوَصِيَّتِهِ ، وَكَسْبِ الْمُبَاهَاتِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَقِفَ صِحَّةُ الْقَبْضِ مِنْهُ عَلَى إِذْنِ وَلِيِّهِ دُونَ الْقَبُولِ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ يَحْصُلُ بِهِ مُسْتَوِلِيًّا عَلَى الْمَالِ ، فَلَا يُؤْمَنُ تَضْيِيعُهُ لَهُ وَتَفْرِيطُهُ فِيهِ ، فَيَتَعَيَّنْ حِفْظُهُ عَنْ ذَلِكَ بِوَقْفِهِ عَلَى إِذْنِ وَلِيِّهِ ، كَقَبْضِهِ لَوَدِيعَتِهِ . وَأَمَّا الْقَبُولُ ، فَيَحْصُلُ لَهُ بِهِ الْمَلِكُ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ ، فَجَازَ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ ، كَاخْتِشَاشِهِ وَاصْطِيَادِهِ .

(٢ - ٢) فِي م : « قَالَ أَحْمَد » .

(٣) فِي النسخ : « يَجُوز » .

(٤) فِي م : « وَالْوَلِي » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

فصل: فإن وَهَبَ الأبُ لِابْنِهِ شَيْئًا ، قَامَ مَقَامَهُ فِي الْقَبْضِ وَالْقَبُولِ ، إِنْ اخْتِيجَ إِلَيْهِ .
قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا وَهَبَ لِوَلَدِهِ
الطُّفْلَ دَارًا بَعَيْنَهَا ، أَوْ عَبْدًا بَعَيْنَهُ ، وَقَبَضَهُ لَهُ مِنْ نَفْسِهِ ، وَأَشْهَدَ عَلَيْهِ ، أَنَّ الْهَبَةَ تَامَةٌ .
هذا قول مالِكٍ ، والثَّوْرِيِّ ، والشافِعِيِّ ، وأصحابِ الرَّأْيِ . وَرَوَيْنَا مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ
شُرَيْحٍ ، وعمر بن عبد العزيز . ثم إن كان المَوْهُوبُ مِمَّا يَفْتَقِرُ إِلَى قَبْضٍ ، اكْتَفَى بِقَوْلِهِ :
قَدْ وَهَبْتُ هَذَا لِابْنِي ، وَقَبَضْتُهُ لَهُ . لِأَنَّهُ يُغْنِي عَنِ الْقَبُولِ كَمَا ذَكَرْنَا . وَلَا يُغْنِي قَوْلُهُ :
قَدْ قَبِلْتُهُ . لِأَنَّ الْقَبُولَ لَا يُغْنِي عَنِ الْقَبْضِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَفْتَقِرُ اكْتَفَى بِقَوْلِهِ : قَدْ
وَهَبْتُ هَذَا لِابْنِي . وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ قَبْضٍ وَلَا قَبُولٍ . قال ابنُ عبد البرِّ : أَجْمَعَ
الْفُقَهَاءُ عَلَى أَنَّ هَبَةَ الْأَبِ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ فِي حَجَرِهِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى قَبْضٍ ، وَأَنَّ الْإِشْهَادَ فِيهَا
يُغْنِي عَنِ الْقَبْضِ ، وَإِنْ وَلَّيَهَا أَبُوهُ ، لِمَا رَوَاهُ مَالِكٌ ، عن الزُّهْرِيِّ ، عن ابنِ المُسَيَّبِ ،
أَنْ عَثَانَ قَالَ : مَنْ نَحَلَ وَلَدَهُ صَغِيرًا ، لَمْ يَبْلُغْ أَنْ يَحُوزَ نَحْلَهُ ، فَأُعْلِنَ ذَلِكَ ، / وَأَشْهَدَ
عَلَى نَفْسِهِ ، فَهِيَ جَائِزَةٌ ، وَإِنْ وَلَّيَهَا أَبُوهُ . وقال القاضي : لَا بَدَّ فِي هَبَةِ الْوَلَدِ مِنْ أَنْ
يَقُولَ : قَدْ ^(٦) قَبِلْتُهُ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ عَنْدهُمْ لَا تَصِحُّ إِلَّا بِإِجَابِ
وَقَبُولٍ . وَقَدْ ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ أَنَّ قَرَأَيْنِ الْأَحْوَالَ وَذَلَّلتْهُمَا يُغْنِي عَنِ لَفْظِ الْقَبُولِ ، وَلَا أَدَلَّ
عَلَى الْقَبُولِ مِنْ كَوْنِ الْقَابِلِ هُوَ الْوَاهِبُ ، فَاعْتِبَارُ لَفْظِ لَا يُفِيدُ مَعْنَى مِنْ غَيْرِ وَرُودِ الشَّرْعِ
بِهِ تَحَكُّمًا لَا مَعْنَى لَهُ ، مَعَ مُخَالَفَتِهِ لظَاهِرِ حَالِ النَّبِيِّ ﷺ وَصَحَابَتِهِ . وَلَيْسَ هَذَا مَذْهَبًا
لِأَحْمَدَ ، فَقَدْ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ ، فِي رَجُلٍ أَشْهَدَ بِسَهْمٍ مِنْ ضَيْعَتِهِ وَهِيَ مَعْرُوفَةٌ
لِابْنِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ وَلَدٌ غَيْرُهُ ، فَقَالَ : أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَقُولَ عِنْدَ الْإِشْهَادِ : قَدْ قَبَضْتُهُ ^(٦) لَهُ .
فَقِيلَ لَهُ : فَإِنْ سَهَا ؟ قَالَ : إِذَا كَانَ مُفَرَّزًا رَجُوتُ . فَقَدْ ذَكَرَ أَحْمَدُ أَنَّهُ يُكْتَفَى بِقَوْلِهِ :
قَدْ قَبَضْتُهُ ^(٦) . وَأَنَّهُ يَرْجُو أَنْ يُكْتَفَى مَعَ التَّمْيِيزِ بِالْإِشْهَادِ فَحَسَبَ . وَهَذَا مُوَافِقٌ
لِلْإِجْمَاعِ الْمَذْكُورِ عَنْ سَائِرِ الْعُلَمَاءِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : يُكْتَفَى بِأَحَدِ لَفْظَيْنِ ،
إِمَّا أَنْ يَقُولَ : قَدْ قَبِلْتُهُ ، أَوْ قَبَضْتُهُ . لِأَنَّ الْقَبُولَ يُغْنِي عَنِ الْقَبْضِ . وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ

١٧٠/هـ ظ

(٦ - ٦) سقط من : الأصل .

ما ذَكَّرناه . ولا فَرَّقَ بين الأَثْمَانِ وَغَيْرِها فيما ذَكَّرنا ، وبه يقول أبو حنيفة ،
والشافعي . وقال مالك : إن وَهَبَ له ما يُعْرِفُ بِعَيْنِهِ كالأَثْمَانِ ، لم يَجُزْ ، إِلَّا أن يَضَعَهَا
على يَدِ غَيْرِهِ ؛ لأنَّ الأبَّ قد يَتَلَفُ ذلك ، وَيَتَلَفُ بغير سَبَبِهِ ، ولا يُمكن أن يُشْهَدَ على
شَيْءٍ بِعَيْنِهِ ، فلا يَنْفَعُ الْقَبْضُ شَيْئاً . ولنا ، أن ذلك ممَّا لا تَصِحُّ هِبَتُهُ ، فإذا وَهَبَهُ لِابْنِهِ
الصَّغِيرِ ، وَقَبَضَهُ له ، وَجَبَ أن تَصِحَّ ، كالعُرُوضِ .

فصل (٧) : وإن كان الواهب للصبي غير الأب من أوليائه ، فقال أصحابنا : لا بُدَّ
من أن يُوَكَّلَ مَنْ يَقْبَلُ للصبي ، وَيَقْبِضُ له ، ليكون الإيجابُ منه ، والقَبُولُ ، والقَبْضُ
من غَيْرِهِ ، كما في البَيْعِ . بخلاف الأب ؛ ^(٨) فَإِنَّه يجوزُ أن يُوجِبَ وَيَقْبَلَ وَيَقْبِضَ ،
لكونه يجوزُ أن يَبِيعَ لِنَفْسِهِ . والصَّحِيحُ عندي أن الأب ^(٩) وَغَيْرَهُ في هذا سَوَاءٌ ؛ لأنَّه
عَقْدٌ يجوزُ أن يَصْدَرَ منه ومن وَكَيْلِهِ ، فجازَ له أن يَتَوَلَّى طَرَفَيْهِ ، كالأب . وفارقَ البَيْعَ ؛
فإنَّه لا يجوزُ أن يُوَكَّلَ مَنْ يَشْتَرِي له ، ولأنَّ البَيْعَ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ وَمُرَابَحَةٌ ، فَيَتَنَهَّمُ في
عَقْدِهِ لِنَفْسِهِ ، والهَبَةُ مَحْضُ مَصْلَحَةٍ لا تُثَمِّمُ فيها ، وهو وليٌّ فيه ^(٩) ، فجازَ أن يَتَوَلَّى
طَرَفَيْ ^(١٠) الْعَقْدِ ، كالأب ، ولأنَّ البَيْعَ إِنَّمَا مُنِعَ منه لما يَأْخُذُ من العِوَضِ لِنَفْسِهِ من
مالِ الصَّبِيِّ ، وهو هُنَا يُعْطَى ولا يَأْخُذُ ، فلا وَجْهَ لِمَنْعِهِ من ذلك ، وتوقيفه / على
توكيلِ غَيْرِهِ ، ولأنَّا قد ذَكَّرنا أَنَّهُ يُسْتَعْنَى بالإيجابِ والإشهادِ عن ^(١١) الْقَبْضِ
والقَبُولِ ، فلا حَاجَةَ إلى التَّوَكُّلِ فيهما مع غِنَاهُ عنهما .

فصل : فأما الهبة من الصبي لغيره ، فلا تَصِحُّ ، سواء أِذِنَ فيها الوليُّ أو لم يَأْذَنْ ؛
لأنَّه مَحْجُورٌ عليه لِحَظِّ ^(١٢) نَفْسِهِ ، فلم يَصِحَّ تَبَرُّعُهُ ، كالسَّفِيهِ . وأمَّا الْعَبْدُ فلا يجوزُ

(٧) في الأصل زيادة : « قال » .

(٨ - ٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) في م : « طرق » .

(١١) في م : « إلى » .

(١٢) في م : « لحفظ » .

أَنْ يَهَبَ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَالُ لِسَيِّدِهِ ، وَمَالُهُ مَالُ لِسَيِّدِهِ ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ إِزَالَةُ مِلْكِ سَيِّدِهِ عَنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، كَالْأَجْنَبِيِّ . وَلَهُ أَنْ يَقْبَلَ الْهَبَةَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ تَحْصِيلُ لِلْمَالِ لِسَيِّدِهِ^(١٣) ، فَلَمْ يُعْتَبَرِ إِذْنُهُ فِيهِ ، كَالْإِتْقَاطِ^(١٤) ، وَمَا وَهَبَهُ لِسَيِّدِهِ ، لِأَنَّهُ مِنْ اكْتِسَابِهِ ، فَأَشْبَهَ اصْطِيَادَهُ .

٩٣٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا فَاضَلَ بَيْنَ وَلَدِهِ فِي الْعَطِيَّةِ ، أَمَرَ بِرَدِّهِ ، كَأَمْرِ النَّبِيِّ ﷺ)

وجملة ذلك أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْإِنْسَانِ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ أَوْلَادِهِ فِي الْعَطِيَّةِ ، إِذَا لَمْ يَخْتَصَّ أَحَدُهُمْ بِمَعْنَى يُسَيِّغُ^(١) التَّفْضِيلَ ، فَإِنْ خَصَّ بَعْضَهُمْ بِعَطِيَّتِهِ ، أَوْ فَاضَلَ بَيْنَهُمْ فِيهَا ، أَثِمَ ، وَوَجِبَتْ عَلَيْهِ التَّسْوِيَةُ بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ ؛ إِمَّا رَدُّ مَا فَضَّلَ بِهِ الْبَعْضَ ، وَإِمَّا إِتِمَامُ نَصِيبِ الْآخَرِ . قَالَ طَاوُسٌ : لَا يَجُوزُ ذَلِكَ ، وَلَا رَغِيفٌ مُخْتَرِقٌ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْمُبَارَكِ . وَرَوَى مَعْنَاهُ عَنْ مُجَاهِدٍ ، وَعُرْوَةَ . وَكَانَ الْحَسَنُ يَكْرَهُهُ ، وَيُجِيزُهُ فِي الْقَضَاءِ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : ذَلِكَ جَائِزٌ . وَرَوَى مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ شُرَيْحٍ ، وَجَابِرِ بْنِ زَيْدٍ ، وَالْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ ؛ لِأَنَّ أَبَا بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، نَحَلَ عَائِشَةَ ابْنَتَهُ جُذَاذَ عِشْرِينَ وَسَقًا ، دُونَ سَائِرِ وَلَدِهِ^(٢) . وَاحتَجَّ الشَّافِعِيُّ بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ ، فِي حَدِيثِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ : « أَشْهَدُ عَلَى هَذَا غَيْرِي »^(٣) . فَأَمَرَهُ

(١٣) في م : « للسيد » .

(١٤) في م : « كالألفاظ » . ولعل ما أثبتناه هو القراءة الصحيحة لما في الأصل .

(١) في الأصل : « ينتج » .

(٢) تقدم ترجمته في صفحة ٢٠٦ .

(٣) أخرجه مسلم ، في : باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٤/٣ . وأبو داود ، في : باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٢/٢ وابن ماجه ، في : باب الرجل ينحل ولده ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٥/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما لا يجوز من النحل ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٥١/٢ ، ٧٥٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٦٩/٤ ، ٢٧٠ .

بِتَأْكِيدِهَا دُونَ الرُّجُوعِ فِيهَا ، وَلِأَنَّهَا عَطِيَّةٌ تُلْزَمُ بِمَوْتِ الْأَبِ ، فَكَانَتْ جَائِزَةً ، كَمَا لَوْ سَوَّى بَيْنَهُمْ . وَلَنَا ، مَا رَوَى الثُّعْمَانُ بْنُ بَشِيرٍ قَالَ : تَصَدَّقَ عَلَى أَبِي بِبَعْضِ مَالِهِ ، فَقَالَتْ أُمِّي عَمْرَةَ بِنْتُ رَوَاحَةَ : لَا أَرْضَى حَتَّى تُشْهَدَ عَلَيْهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ . فَجَاءَ أَبِي إِلَى (٤) رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، لِيُشْهَدَهُ عَلَى صَدَقَتِهِ ، فَقَالَ : « أَكُلَّ وَلَدِكَ أُعْطِيتَ مِثْلُهُ ؟ » قَالَ : لَا . قَالَ : « فَاتَّقُوا اللَّهَ ، وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ » . قَالَ : فَرَجَعَ أَبِي ، فَرَدَّتْكَ الصَّدَقَةَ . وَفِي لَفْظٍ قَالَ : « فَارْزُدْهُ » . وَفِي لَفْظٍ قَالَ : « فَأَرْجِعْهُ » . (٥) وَفِي لَفْظٍ : « لَا تُشْهَدُنِي عَلَى جَوْرِ » . وَفِي لَفْظٍ : « فَاشْهَدْ عَلَيَّ هَذَا غَيْرِي » . (٦) وَفِي لَفْظٍ : « سَوَّ بَيْنَهُمْ » . وَهُوَ حَدِيثٌ صَحِيحٌ ، مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٧) . وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى ١٧١/٥ ظ

التَّحْرِيمِ ؛ لِأَنَّهُ سَمَّاهُ جَوْرًا ، وَأَمَرَ بِرَدِّهِ ، وَامْتَنَعَ مِنَ الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ ، وَالْجَوْرُ حَرَامٌ ، وَالْأَمْرُ يَقْتَضِي الْوُجُوبَ ، وَلِأَنَّ تَفْضِيلَ (٨) بَعْضِهِمْ يُورِثُ بَيْنَهُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ وَقَطِيعَةَ الرَّحِمِ ، فَمُنِعَ مِنْهُ ، كَتَرَوِيحِ الْمَرْأَةِ عَلَى عَمَّتِهَا أَوْ خَالَتِهَا . وَقَوْلُ أَبِي بَكْرٍ لَا يُعَارِضُ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ ، وَلَا يُحْتَجُّ بِهِ مَعَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، خَصَمَهَا بِعَطِيَّتِهِ (٩) لِحَاجَتِهَا وَعَجْزِهَا عَنِ الْكَسْبِ وَالتَّسَبُّبِ فِيهِ ، مَعَ اخْتِصَاصِهَا بِفَضْلِهَا ، وَكَوْنِهَا أُمُّ الْمُؤْمِنِينَ زَوْجَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ فَضَائِلِهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ قَدْ تَحَلَّاهَا وَتَحَلَّ غَيْرُهَا مِنْ وَلَدِهِ ، أَوْ تَحَلَّاهَا وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يَتَحَلَّ غَيْرُهَا ، فَأَذْرَكَ الْمَوْتَ قَبْلَ ذَلِكَ . وَيَتَعَيَّنُ حَمْلُ حَدِيثِهِ عَلَى أَحَدِ هَذِهِ

(٤) سقط من : م .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب الإشهاد في الهبة ، من كتاب الهبة . صحيح البخاري ٢٠٦/٣ ومسلم ، في :

باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٢/٣ - ١٢٤٤ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود

٢٦٢/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٦٨/٤ .

(٧) سقط من : م . وهو في الأصل : « في تفضيل » .

(٨) في الأصل : « بعطية » .

الْوُجُوهَ ؛ لِأَنَّ حَمْلَهُ عَلَى مِثْلِ مَحَلِّ النَّزَاعِ مِنْهُيٌّ عَنْهُ ، وَأَقْلُّ أَحْوَالِهِ الْكَرَاهَةُ ، وَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِ أَبِي بَكْرٍ اجْتِنَابُ الْمَكْرُوهَاتِ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَأَشْهَدُ عَلَى هَذَا غَيْرِي » . لَيْسَ بِأَمْرٍ ؛ لِأَنَّ أَذْنَى أَحْوَالِ الْأَمْرِ الْاسْتِحْبَابُ وَالنَّدْبُ ، وَلَا خِلَافَ فِي كَرَاهَةِ هَذَا . وَكَيْفَ يَجُوزُ أَنْ يَأْمُرَهُ بِتَأْكِيدِهِ ، مَعَ أَمْرِهِ بِرَدِّهِ ، وَتَسْمِيَةِ إِيَّاهُ جَوْرًا ، وَحَمْلُ الْحَدِيثِ عَلَى هَذَا ، حَمْلٌ لِحَدِيثِ النَّبِيِّ ﷺ عَلَى التَّنَاقُضِ وَالتَّضَادِّ ، وَلَوْ أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِإِشْهَادِ غَيْرِهِ ، لَأَمْتَلَّ (٩) بِشِيرِ أَمْرِهِ ، وَلَمْ يَرُدَّ ، وَإِنَّمَا هَذَا تَهْدِيدٌ لَهُ عَلَى هَذَا ، فَيُقِيدُ مَا أَفَادَهُ النَّهْيُ عَنْ إِثْمَامِهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : فَإِنْ خَصَّ بَعْضُهُمْ لِمَعْنَى يَفْتَضِي تَخْصِيصَهُ ، مِثْلَ اخْتِصَاصِهِ بِحَاجَةٍ ، أَوْ زَمَانَةٍ ، أَوْ عَمَى ، أَوْ كَثَرَةِ عَائِلَةٍ ، أَوْ اشْتِعَالِهِ بِالْعِلْمِ أَوْ نُحُوهِ مِنَ الْفَضَائِلِ ، أَوْ صَرَفَ عَطِيَّتِهِ عَنْ بَعْضٍ وَلَدِهِ لِنَفْسِهِ ، أَوْ بِدَعْتِهِ ، أَوْ لِكَوْنِهِ يَسْتَعِينُ بِمَا يَأْخُذُهُ عَلَى مَعْصِيَةِ اللَّهِ ، أَوْ يُنْفِقُهُ فِيهَا ، فَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ مَا يُدَلُّ عَلَى جَوَازِ ذَلِكَ ؛ لِقَوْلِهِ فِي تَخْصِيصِ بَعْضِهِمْ بِالْوَقْفِ : لَا بَأْسَ بِهِ إِذَا كَانَ (١٠) الْحَاجَةَ ، وَأَكْرَهُهُ إِذَا كَانَ (١١) عَلَى سَبِيلِ الْأَثَرَةِ . وَالْعَطِيَّةُ فِي مَعْنَاهُ . وَيَحْتَمِلُ ظَاهِرُ لَفْظِهِ الْمَنْعَ مِنَ التَّفْضِيلِ أَوْ التَّخْصِيصِ (١٢) عَلَى كُلِّ حَالٍ ؛ لِكَوْنِ النَّبِيِّ ﷺ لَمْ يَسْتَفْصِلْ بِشِيرًا فِي عَطِيَّتِهِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ؛ لِحَدِيثِ أَبِي بَكْرٍ ، وَلِأَنَّ بَعْضَهُمْ اخْتَصَّ بِمَعْنَى يَفْتَضِي الْعَطِيَّةَ ، فَجَازَ أَنْ يَخْتَصَّ بِهَا ، كَمَا لَوْ اخْتَصَّ بِالْقَرَابَةِ (١٣) . وَحَدِيثُ بَشِيرٍ قَضِيَّةٌ فِي عَيْنٍ لَا عُمُومَ لَهَا ، وَتَرَكُ النَّبِيُّ ﷺ الْإِسْتِفْصَالَ / يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لِعِلْمِهِ بِالْحَالِ . فَإِنْ قِيلَ : لَوْ عَلِمَ بِالْحَالِ لَمَا قَالَ : « أَلَّاكَ وَلَدَ غَيْرُهُ ؟ » . قُلْنَا : يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ السُّؤَالُ هَهُنَا لِبَيَانِ الْعِلَّةِ ، كَمَا قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ لِلَّذِي سَأَلَهُ عَنْ بَيْعِ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ : « أَيَنْقُصُ الرُّطْبُ إِذَا بَيْسَ ؟ » قَالَ : نَعَمْ :

و ١٧٢/٥

(٩) فِي م : « امْتَل » .

(١٠ - ١١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١١) فِي م : « وَالتَّخْصِيصُ » .

(١٢) فِي م : « الْقَرَابَةُ » .

قال : « فَلَا إِذَا »^(١٣) . وقد عَلِمَ أَنَّ الرُّطْبَ يَنْقُصُ ، لَكِنْ نَبَّهَ السَّائِلَ بِهَذَا عَلَى عِلَّةِ الْمَنْعِ مِنَ الْبَيْعِ ، كَذَا هُنَا .

فصل : وَلَا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي اسْتِحْبَابِ التَّسْوِيَةِ ، وَكَرَاهَةِ التَّفْضِيلِ . قَالَ إِبْرَاهِيمُ : كَانُوا يَسْتَحِبُّونَ أَنْ يُسَوَّوْا بَيْنَهُمْ حَتَّى فِي الْقَبْلِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَالتَّسْوِيَةُ الْمُسْتَحَبَّةُ أَنْ يُقَسَّمْ بَيْنَهُمْ عَلَى حَسَبِ قِسْمَةِ اللَّهِ تَعَالَى الْمِيرَاثِ ، فَيُجْعَلَ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ . وَبِهَذَا قَالَ عَطَاءٌ ، وَشُرَيْحٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ . قَالَ شُرَيْحٌ لِرَجُلٍ قَسَمَ مَالَهُ بَيْنَ وَلَدِهِ : ارْزُدْهُمْ إِلَى سِهَامِ اللَّهِ تَعَالَى وَفَرَائِضِهِ . وَقَالَ عَطَاءٌ : مَا كَانُوا يُقَسِّمُونَ إِلَّا عَلَى كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُبَارَكِ : تُعْطَى الْأُنثَى مِثْلَ مَا يُعْطَى الذَّكَرُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِشَيْبَةَ بِنْتِ سَعْدٍ : « سَوِّ بَيْنَهُمْ » .^(١٤) وَعَلَّلَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ : « أَيْسُرُكَ أَنْ يَسْتَوُوا فِي بَرِّكَ ؟ » . قَالَ : نَعَمْ . قَالَ : « فَسَوِّ بَيْنَهُمْ »^(١٥) . وَالْبِنْتُ كَالْإِنِّ فِي اسْتِحْقَاقِ بَرِّهَا ، وَكَذَلِكَ فِي عَطِيَّتِهَا . وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ : « سَوَّوْا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ فِي الْعَطِيَّةِ ، وَلَوْ كُنْتُ مُؤْتَرًا لِأَحَدٍ »^(١٥) لَا تَرْتِ النَّسَاءَ عَلَى الرِّجَالِ . رَوَاهُ سَعِيدٌ فِي « سُنَنِهِ »^(١٦) . وَلَا تُنْهَى عَطِيَّةٌ فِي الْحَيَاةِ ، فَاسْتَوَى فِيهَا الذَّكَرُ وَالْأُنثَى ، كَالنَّفَقَةِ وَالْكُسُوفِ . وَلَنَا ، أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَسَمَ بَيْنَهُمْ ، فَيُجْعَلُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ، وَأَوَّلَى مَا اقْتَدَى بِقِسْمَةِ اللَّهِ ، وَلِأَنَّ الْعَطِيَّةَ فِي الْحَيَاةِ أَحَدُ حَالِي الْعَطِيَّةِ ، فَيُجْعَلُ لِلذَّكَرِ مِنْهَا مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ^(١٧) ، كَحَالَةِ الْمَوْتِ . يَعْنِي الْمِيرَاثَ . يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْعَطِيَّةَ اسْتِعْجَالٌ لِمَا يَكُونُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَيَنْبَغِي

(١٣) تقدم تخريجه في : ٦٧/٦ .

(١٤ - ١٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٥) سقط من : م .

(١٦) وأخرجه البيهقي ، في : باب السنة في التسوية بين الأولاد في العطية ، من كتاب المهبات . السنن الكبرى

١٧٧/٦ . وعزاه صاحب كنز العمال ، لسعيد بن منصور ، والطبراني ، في : باب في العدل بين العطية لهم ، من

كتاب النكاح . بلفظ : « فلو كنت مفضلاً أحداً لفضلت النساء » . كنز العمال ٤٤٦/١٦ .

(١٧) سقط من : م .

أن تكونَ على حَسَبِهِ ، كما أن مُعْجَلِ الزَّكَاةِ قبلُ وُجُوبُهَا يُؤَدِّيها على صِفَةِ أَدَائِهَا بعدَ وُجُوبِهَا ، وكذلك الكُفَّارَاتُ المُعْجَلَةُ ، ولأنَّ الذَّكَرَ أَخَوَجُ من الأُنثى ، من قِبَلِ أنَّهُمَا إِذَا تَزَوَّجَا جَمِيعًا فالصَّدَاقُ والنَّفَقَةُ وَنَفَقَةُ الأَوْلَادِ على الذَّكَرِ ، والأُنثى لها ذلك ، فكان أُولَى بالتَفْضِيلِ ؛ لِزِيَادَةِ حَاجَتِهِ ، وقد قَسَمَ اللهُ تَعَالَى المِيراثَ ، فَفَضَّلَ الذَّكَرَ مَقْرُونًا بهذا المَعْنَى فَعَلَّلَ بِهِ ، وَيَتَعَدَّى ذلك إلى العَطِيَّةِ في الحَيَاةِ . وَحَدِيثُ بَشِيرٍ قَضِيَّةٌ في عَيْنِ ، وَحِكَايَةُ حَالٍ لا عُمُومَ لها ، وَإِنَّمَا ثَبَتَ حُكْمُهَا فِيمَا مِثْلُهَا ، وَلَا تَعْلَمُ حَالُ أَوْلَادِ بَشِيرٍ ، هل كان فيهِمُ أُنثى أَوْ لَا ؟ وَلَعَلَّ النَبِيَّ ﷺ قد عَلِمَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ إِلَّا وَلَدٌ ذَكَرٌ . ثم تُحْمَلُ التَّسْوِيَةُ / على الْقِسْمَةِ على كِتَابِ اللهِ تَعَالَى . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ التَّسْوِيَةَ في ^(١٨) أَصْلِ العَطَاءِ ، لا في صِفَتِهِ ، فَإِنَّ الْقِسْمَةَ لا تَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ ^(١٨) من كُلِّ وَجْهِ وكذلك الْحَدِيثُ الْآخَرُ ^(١٩) ، وَدَلِيلُ ذلك قولُ عَطَاءٍ : ما كانوا يُقْسِمُونَ إِلَّا على كِتَابِ اللهِ تَعَالَى . وهذا خَبَرٌ عن جَمِيعِهِمْ ، على أَنَّ الصَّحِيحَ من خَبَرِ ابنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ مُرْسَلٌ .

فصل : وليس عليه التَّسْوِيَةُ بين سائِرِ أَقَارِبِهِ ، ولا إعطائُهُمْ على قَدَرِ مَوَارِيثِهِمْ ، سواءَ كانوا من جِهَةٍ واحِدَةٍ ، كالْأَخَوَةِ وَأَخَوَاتٍ ، وَأَعْمَامٍ وَبَنِي عَمٍّ ، أَوْ من جِهَاتٍ ، كَبَنَاتٍ وَأَخَوَاتٍ وَغَيْرِهِمْ . وقال أبو الحُطَّابِ : المَشْرُوعُ في عَطِيَّةِ الأَوْلَادِ وسائِرِ الأَقَارِبِ ، أن يُعْطِيَهُمْ على قَدَرِ مَوَارِيثِهِمْ ^(٢٠) ، فَإِنْ خَالَفَ وَفَعَلَ ، فعليه أن يَرْجِعَ وَيَعْمَهُمْ بالنَّحْلَةِ ؛ لأنَّهُمْ في مَعْنَى الأَوْلَادِ ، فثَبَّتَ فيهِمْ مِثْلَ حُكْمِهِمْ . ولنا ، أَنَّهُا عَطِيَّةٌ لِغَيْرِ الأَوْلَادِ في صِحَّتِهِ ، فلم تَجِبْ عَلَيْهِ التَّسْوِيَةُ ، كما لو كانوا غَيْرِ وارِثِينَ ، ولأنَّ الأَصْلَ إِبَاحَةُ تَصَرُّفِ الإنسانِ في مالِهِ كيف شاءَ ، وَإِنَّمَا وَجَبَتِ التَّسْوِيَةُ بين الأَوْلَادِ بِالْخَبَرِ ، وليس غَيْرُهُمْ في مَعْنَاهُمْ ؛ لأنَّهُمْ اسْتَوَوْا في وُجُوبِ بَرٍّ والدِهِمْ ، فاسْتَوَوْا في

(١٨ - ١٨) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) في م : « ميراثهم » .

عَطِيَّتِهِ . وبهذا علَّلَ النبي ﷺ حين قال : « أَيْسُرُكَ أَنْ يَسْتَوْوَا فِي بَرِّكَ ؟ » قال : نعم . قال : « فَسَوَّيْنَهُمْ » . ولم يُوجَدْ هذا في غيرهم ، ولأنَّ لِلْوَالِدِ الرَّجُوعَ ^(٢١) فيما أُعْطِيَ ^(٢٢) وَلَدَهُ ، فَيُمْكِنُهُ أَنْ يُسَوِّيَ بَيْنَهُمْ بِاسْتِزْجَاعٍ مَا أُعْطَاهُ لِبَعْضِهِمْ ، وَلَا يُمْكِنُ ذَلِكَ فِي غَيْرِهِمْ ، وَلأنَّ الْأَوْلَادَ لِشِدَّةِ مَحَبَّةِ الْوَالِدِ لَهُمْ ، وَصَرَفِ مَالِهِ إِلَيْهِمْ عَادَةً ، يَتَنَافَسُونَ فِي ذَلِكَ ، وَيَسْتَنْدُ عَلَيْهِمْ تَفْضِيلُ بَعْضِهِمْ ، وَلَا يُيَارِيهِمْ فِي ذَلِكَ غَيْرُهُمْ ، فَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَيْهِمْ ، وَلَا نَصٌّ فِي غَيْرِهِمْ ، وَلأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قد عَلَّمَ لِبَشِيرٍ زَوْجَةً ، وَلَمْ يَأْمُرْهُ بِأَعْطَائِهَا شَيْئًا حِينَ أَمَرَهُ بِالتَّسْوِيَةِ بَيْنَ أَوْلَادِهِ ، وَلَمْ يَسْأَلْهُ هَلْ لَكَ وَارِثٌ غَيْرُ وَلَدِكَ ؟

فصل : والأُمُّ فِي الْمَنَعِ مِنَ الْمُفَاضَلَةِ بَيْنَ الْأَوْلَادِ كَالْأَبِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « اتَّقُوا اللَّهَ ، وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ » . وَلأنَّهَا أَحَدُ الْوَالِدَيْنِ ، فَمُنِعَتْ التَّفْضِيلَ ^(٢٣) كَالْأَبِ ، وَلأنَّ مَا يَخْصُلُ بِتَخْصِيصِ الْأَبِ بَعْضَ وَلَدِهِ مِنَ الْحَسَدِ وَالْعَدَاوَةِ ، يُوجَدُ مِثْلُهُ فِي تَخْصِيصِ الْأُمِّ بَعْضَ وَلَدِهَا ، ^(٢٤) فَتَبَّتْ لَهَا ^(٢٥) مِثْلُ حُكْمِهِ فِي ذَلِكَ .

فصل : وَقَوْلُ الْخِرَقِيِّ : « أَمْرٌ بِرَدُّهُ » . يَدُلُّ عَلَى أَنَّ لِلْأَبِ الرَّجُوعَ فِيمَا وَهَبَ لِوَلَدِهِ . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَذْهَبُ أَحْمَدَ ، سِوَاءَ قَصْدِ رَجُوعِهِ التَّسْوِيَةَ بَيْنَ الْأَوْلَادِ أَوْ لَمْ يُرِدْ ، وَهَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ / ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى : لَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا . وَبِهَا قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْعَنْبَرِيُّ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْعَائِدُ فِي هَبَّتِهِ ، كَالْعَائِدِ فِي قَبْلِهِ » ^(٢٦) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ . وَعَنْ عُمَرَ ابْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : مَنْ ^(٢٧) وَهَبَ هِبَةً يَرَى أَنَّهُ أَرَادَ بِهَا صِلَةً رَحِمٍ ، أَوْ عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا ، وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً أَرَادَ بِهَا الثَّوَابَ ، فَهُوَ عَلَى هَبَّتِهِ ،

(٢١ - ٢١) في م : « في عطية » .

(٢٢) في م : « بالتفضيل » .

(٢٣ - ٢٣) في الأصل : « فيبت فيها » .

(٢٤) تقدم تخريجه في : ١٠٤/٤ .

(٢٥) في الأصل : « في من » .

يَرْجِعُ فِيهَا إِذَا لَمْ يَرْضَ مِنْهَا . رَوَاهُ مَالِكٌ ، فِي « الْمَوْطَأِ » ^(٢٦) . وَلِأَنَّهَا هِبَةٌ يَحْصُلُ بِهَا
 الْآخِرُ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ يَجْزِ الرُّجُوعُ فِيهَا ، كَصَدَقَةِ التَّطَوُّعِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ
 لِبَشِيرِ بْنِ سَعْدٍ : « فَارْذُدْهُ » . وَرَوَى : « فَارْجِعْهُ » . رَوَاهُ كَذَلِكَ مَالِكٌ عَنْ
 الزُّهْرِيِّ ، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، عَنِ النُّعْمَانِ . فَأَمَرَهُ بِالرُّجُوعِ فِي هِبَتِهِ ، وَأَقْلَ
 أَحْوَالِ الْأَمْرِ الْجَوَازِ ، وَقَدْ امْتَثَلَ بِشِيرُ بْنُ سَعْدٍ ذَلِكَ ^(٢٧) ، فَارْجَعَ فِي هِبَتِهِ لَوْلَدِهِ ، أَلَا
 تَرَاهُ قَالَ فِي الْحَدِيثِ : فَارْجَعَ أَبِي ، فَارْذُدْ تِلْكَ الصَّدَقَةَ . وَحَمَلَ الْحَدِيثَ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ
 أَعْطَاهُ شَيْئًا ، يُخَالِفُ ظَاهِرَ الْحَدِيثِ ؛ لِقَوْلِهِ : تَصَدَّقْ عَلَى أَبِي بِصَدَقَةٍ . وَقَوْلُ بَشِيرٍ :
 إِنِّي نَحَلْتُ ابْنِي غُلَامًا . يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ كَانَ قَدْ أَعْطَاهُ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَارْذُدْهُ » .
 وَقَوْلُهُ : « فَارْجِعْهُ » . وَرَوَى طَاوُسٌ ، عَنْ ابْنِ عَمْرٍ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، يَرْفَعَانِ الْحَدِيثَ
 إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً ، فَيَرْجِعَ فِيهَا ، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا
 يُعْطِي وَلَدَهُ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٢٨) . وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَهَذَا يَخْصُ عُمُومَ مَا
 رَوَوْهُ ^(٢٩) ، وَيُفَسِّرُهُ . وَفِيَّاسُهُمْ مَنْقُوضٌ بِهَبَةِ الْأَجْنَبِيِّ ؛ فَإِنَّ فِيهَا أَجْرًا وَتَوَابًا ، فَإِنَّ
 النَّبِيَّ ﷺ نَذَبَ إِلَيْهَا . وَعِنْدَهُمْ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا ، وَالصَّدَقَةُ عَلَى الْوَلَدِ ^(٣٠) كَمَسَائِلِنَا ،
 وَقَدْ دَلَّ حَدِيثُ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ عَلَى الرُّجُوعِ فِي الصَّدَقَةِ ؛ لِقَوْلِهِ : تَصَدَّقْ عَلَى أَبِي
 بِصَدَقَةٍ .

فصل : وظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ، أَنَّ الْأُمَّ كَالْأَبِ ، فِي الرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ ؛ لِأَنَّ

(٢٦) في : باب القضاء في الهبة ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢/٧٥٤ .

(٢٧) في م : « في ذلك » .

(٢٨) في : باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة ، من أبواب الهبة ، عارضة الأحوذى ٨/٢٩٤ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب الرجوع في الهبة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٦١ . وابن ماجه ،
 في : باب من أعطى ولده ثم رجع فيه ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٥ . والإمام أحمد ، في المسند
 ٧٨/٢ .

(٢٩) في م : « رواه » .

(٣٠) في م : « الوالد » .

قوله : « وإذا فاضل بين أولاده » يتناول كل والد ، ثم قال في سياقه : « أمر برده » .
 فيدخل فيه الأم . وهذا مذهب الشافعي ؛ لأنها داخله في قوله : « إلا الوالد فيما يعطى
 ولده » . ولأنها لما دخلت في قول النبي : « سووا بين أولادكم » . ينبغي أن تتمكن
 من التسوية ، والرجوع في الهبة طريق في التسوية ، وربما عيّن طريقاً فيها إذا لم يمكن
 إعطاء الآخر مثل عطية الأول ، ولأنها لما دخلت في المعنى في حديث / بشير^(٣١) بن ١٧٣/٥ ط
 سعد^(٣١) ، فينبغي أن تدخل في جميع مدلوله ؛ لقوله : « فازدده » . وقوله :
 « فأرجعه » . ولأنها لما ساوت الأب في تحريم تفضيل بعض ولدها ، ينبغي أن
 تساويه في التمكن من الرجوع فيما فضّله به ، تخليصاً لها من الإثم ، وإزالة للتفضيل
 المحرم ، كالأب . والمنصوص عن أحمد أنه ليس لها الرجوع . قال الأثرم : قلت
 لأبي عبد الله : الرجوع للمرأة فيما أعطته ولدها كالرجل ؟ قال : ليس هي عندي في
 هذا كالرجل ؛ لأنّ للأب أن يأخذ من مال ولده ، والأم لا تأخذ . وذكر حديث
 عائشة : « أُطِيبُ^(٣٢) ما أكل^(٣٢) الرجل من كسبه ، وإنّ ولده من كسبه »^(٣٣) . أى
 كأنه الرجل . قال أصحابنا : والحديث حجة لنا ، فإنه خصّ الوالد ، وهو بإطلاقه
 إنّما يتناول الأب دون الأم ، والفرق بينهما أنّ للأب ولاية على ولده ، ويحوز جميع
 المال في الميراث ، والأم بخلافه . وقال مالك : للأم الرجوع في هبة ولدها ما كان
 أبوه حياً ، فإن كان ميتاً ، فلا رجوع لها ؛ لأنها هبة ليتيم ، وهبة يتيم لازمة ،
 كصدقة التطوع ، ومن مذهبه أنّه لا يرجع في صدقة التطوع .

(٣١ - ٣١) سقط من : م .

(٣٢ - ٣٢) في م : « مأكل » .

(٣٣) أخرجه أبو داود ، في : باب الرجل يأكل من مال ولده ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٥٩ .
 والترمذي ، في : باب ما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ٦/١١٠ .
 والنسائي ، في : باب الحث على الكسب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢١٢ . وابن ماجه ، في : باب مال الرجل
 من مال ولده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٦٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦/٣١ ، ٤١ ،
 ٤٢ ، ١٢٧ ، ١٦٢ ، ١٩٣ ، ٢٢٠ .

فصل : ولا فَرْقَ فيما ذَكَرنا بين الهبة والصَّدقة . وهو قول الشافعي . وفَرْقَ مالِكُ وأصحابُ الرَّأيِ بينهما ، فلم يُجيزُوا الرُّجوعَ في الصَّدقةِ بحالٍ ، واحتجُّوا بِحَدِيثِ عَمْرٍ : مَنْ وَهَبَ هَبَةً ، وَأَرَادَ بِهَا صِلَةً رَحِمَ ، أَوْ عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ . وَلَنَا ، حَدِيثُ التُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ ، فَإِنَّهُ قَالَ : تَصَدَّقْ عَلَى أَبِي بِصَدَقَةٍ . وَقَالَ : فَرَجَعَ أَبِي ، فَرَدَّتْ تِلْكَ الصَّدَقَةَ . وَأَيْضًا عُمُومُ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطَى وَلَدُهُ » . وَهَذَا يُقَدِّمُ عَلَى (٣٤) قَوْلِ عَمْرٍ ، ثُمَّ هُوَ خَاصٌّ فِي الْوَالِدِ ، وَحَدِيثُ عَمْرِاءَ ، فَيَجِبُ تَقْدِيمُ الْخَاصِّ .

فصل : ولِلرُّجوعِ في هبةِ الْوَلَدِ شُرُوطٌ أَرْبَعَةٌ :

أحدها ، أَنْ تَكُونَ بَاقِيَةً فِي مِلْكِ الْإِبْنِ ، فَإِنْ خَرَجَتْ عَنْ مِلْكِهِ ، بِنَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ وَقْفٍ أَوْ إِزْثٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجوعُ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ إِطْلَالٌ لِمِلْكٍ غَيْرِ الْوَالِدِ . وَإِنْ عَادَتْ إِلَيْهِ بِسَبَبٍ جَدِيدٍ ، كِنَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ وَصِيَّةٍ أَوْ إِزْثٍ وَغَوْ ذَلِكَ ، لَمْ يَمْلِكِ الرُّجوعُ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا عَادَتْ بِمِلْكٍ جَدِيدٍ لَمْ يَسْتَفِدْهُ مِنْ قِبَلِ أَبِيهِ ، فَلَا يَمْلِكُ فَسْخَهُ وَإِزَالَتَهُ ، كَالَّذِي لَمْ يَكُنْ مَوْهُوبًا لَهُ . وَإِنْ عَادَتْ إِلَيْهِ بِفَسْخِ الْبَيْعِ ، لِعَيْبٍ أَوْ إِقَالَةٍ أَوْ فَلَاسِ الْمُشْتَرَى ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَمْلِكُ الرُّجوعُ ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ الْمُزِيلَ ارْتَفَعَ ، وَعَادَ الْمِلْكُ بِالسَّبَبِ الْأَوَّلِ ، فَأَشْبَهَ مَالُو فَسْخِ الْبَيْعِ بِخِيَارِ الْمَجْلِسِ أَوْ خِيَارِ الشَّرْطِ . وَالثَّانِي ، / لَا يَمْلِكُ الرُّجوعُ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ عَادَ إِلَيْهِ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ مِلْكٍ مِنْ انْتَقَلَ إِلَيْهِ عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ مَالُو عَادَ إِلَيْهِ بِهَبَةٍ . فَأَمَّا إِنْ عَادَ إِلَيْهِ لِلْفَسْخِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ ، أَوْ خِيَارِ الْمَجْلِسِ ، فَلَهُ الرُّجوعُ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ لَمْ يَسْتَقِرَّ عَلَيْهِ .

و ١٧٤/٥

فصل : الثَّانِي ، أَنْ تَكُونَ الْعَيْنُ بَاقِيَةً فِي تَصَرُّفِ الْوَلَدِ ، بِحَيْثُ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي رَقَبَتِهَا ، فَإِنْ اسْتَوْلَدَ الْأُمَّةَ ، لَمْ يَمْلِكِ الْأَبُ الرُّجوعَ فِيهَا ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ فِيهَا لَا يَجُوزُ نَقْلُهُ إِلَى غَيْرِ سَيِّدِهَا . وَإِنْ رَهَنَ الْعَيْنَ ، أَوْ فَلَاسَ وَحَجَرَ عَلَيْهِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْأَبُ الرُّجوعَ فِيهَا ؛

(٣٤) سقط من : م .

لأنَّ في ذلك إبطالاً لحقِّ غير الولد . فإن زال المانع من التصرف ، فله الرجوع ؛ لأنَّ ملك الابن لم يزل ، وإما طرأ معنى قطع التصرف مع بقاء الملك ، فمَنع الرجوع ، فإذا زال [زال] المَنع ، والكتابة كذلك عند مَنْ لا يرى بيع المكاتب . وهو مذهب الشافعي وجماعة سواه . فأمَّا من أجاز بيع المكاتب ، فحكمه حكم المستأجر والمزوج . وأما التدبير ، فالصحيح أنَّه لا يَمنع البيع ، فلا يَمنع الرجوع . وإن قلنا : يَمنع البيع . مَنع الرجوع . وكل تصرف لا يَمنع الابن التصرف في الرقبة ، كالوصية والهبة قبل القبض فيما يفتقر إليه ^(٣٥) ، والوطء والتزويج والإجارة والكتابة والتدبير ، إن قلنا : لا يَمنع البيع ، والمزارعة عليها ، وجعلها مضاربة ، أو في عقد شركة ، فكل ذلك لا يَمنع الرجوع ؛ لأنَّه لا يَمنع تصرف الابن في رقبته ، وكذلك العتق المعلق على صفة . وإذا رجع وكان التصرف لازماً ، كالإجارة والتزويج والكتابة ، فهو باق بحاله ؛ لأنَّ الابن لا يملك إبطاله ، فكذا من انتقل إليه . وإن كان جائزاً ، كالوصية والهبة قبل القبض ، بطل ؛ لأنَّ الابن يملك إبطاله . وأما التدبير والعتق المعلق بصفة ، فلا يَتِمُّ حكمهما في حق الأب ، ومتى عاد إلى الابن ، عاد حكمهما . فأمَّا البيع الذي للابن فيه خيار ، إما بشرط ، أو غيب في الثمن ، أو غير ذلك ، فَيَمنع الرجوع ؛ لأنَّ الرجوع يَتَضَمَّنُ فسخ ملك الابن في عوض المبيع ، ولم يثبت له ذلك من جهته . وإن وهبه الابن لابنه ، لم يملك الرجوع فيه ؛ لأنَّ رجوعه إبطال لملك غير ابنه . فإن رجع الابن في هبته ، احتمل أن يملك الأب الرجوع في هبته حينئذ ؛ لأنَّه فسَخ هبته برجوعه ، فعاد إليه الملك بالسبب الأول . ويَحْتَمِلُ أن لا يملك الأب الرجوع ؛ لأنَّه رجع إلى ابنه ^(٣٦) بعد استقرار ملك غيره عليه ، فأشبهه ما لو وهبه ابن الابن لأبيه ^(٣٧) .

(٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٦) في الأصل : : أبيه .

(٣٧) في الأصل : : لابنه .

فصل : الثالث ، أن لا يتعلّق بها رغبة لغير الولد ، فإن تعلّقت بها رغبة لغيره ، مثل أن يهبّ ولده شيئا فيرغب الناس في معاملته ، وأدائه ذيوئا ، أو رغبوا في منّاكحته ، فزوجه إن كان ذكرا ، أو تزوّجت الأنثى لذلك ، فعن أحمد روايتان ؛ أولاها ، ليس له الرجوع . قال أحمد ، في رواية أبي الحارث ، في الرجل يهبّ لآبائه مالا : فله الرجوع ، إلّا أن يكون غرّ به قوما ، فإن غرّ به ، فليس له أن يرجع فيها . وهذا مذهب مالك ؛ لأنّه تعلّق به حق غير الابن ، ففي الرجوع إبطال حقه ، وقد قال عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار »^(٣٨) . وفي الرجوع ضرر ، ولأنّ في هذا تحيلا على إلحاق الضرر بالمسلمين ، ولا يجوز التحيل على ذلك . والثانية ، له الرجوع ؛ لعموم الخبر ، ولأنّ حق المتزوج والغريم لم يتعلّق بعين هذا المال ، فلم يمنع الرجوع فيه .

فصل : الرابع ، أن لا تزيد زيادة متصلة ، كالسمن والكبر وتعلم صنعة . فإن زادت ، فعن أحمد روايتان ؛ إحداهما ، لا تمنع الرجوع . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنها زيادة في الموهوب ، فلم تمنع الرجوع ، كالزيادة قبل القبض ، والمنفصلة . والثانية ، تمنع . وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأنّ الزيادة للموهوب له لكونها نماء ملكه ، ولم تنتقل إليه من جهة أبيه ، فلم يملك الرجوع فيها ، كالمنفصلة ، وإذا امتنع الرجوع فيها ، امتنع الرجوع في الأصل ، لثلا يفضى^(٣٩) إلى سوء المشاركة ، وضرر التثقيص ، ولأنّه^(٤٠) استرجاع للمال بفسخ عقد لغير عيب في عوضه ، فممنعه الزيادة المتصلة ، كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح ، أو نصفه بالطلاق ، أو رجوع البائع في المبيع لفلس المشتري . ويفارق الرد بالعيب من جهة أنّ الرد من المشتري ، وقد رضى ببدل الزيادة . وإن فرض الكلام فيما إذا باع عرضا بعرض ،

(٣٨) تقدم تخريجه في : ١٤٠/٤ .

(٣٩) في م : « يقتضى » .

(٤٠) في الأصل زيادة : « فسخ » .

فَرَادَ أَحَدُهُمَا ، وَوَجَدَ الْمُشْتَرَى الْآخَرَ بِهِ عَيْبًا ، قُلْنَا : بَائِعُ الْمَعِيبِ سَلَّطَ مُشْتَرِيَهُ عَلَى الْفَسَخِ ، بَيْعُهُ الْمَعِيبَ ، فَكَأَنَّ الْفَسَخَ وَجَدَ مِنْهُ . وَلِهَذَا قُلْنَا ، فِيمَا إِذَا فُسِّخَ الزَّوْجُ النِّكَاحُ لَعَيْبِ الْمَرْأَةِ قَبْلَ الدُّخُولِ : لَا صَدَاقَ لَهَا ، كَمَا لَوْ فُسِّخَتْ . وَعَلَى هَذَا لَا فَرْقَ بَيْنَ الزِّيَادَةِ فِي الْعَيْنِ ، كَالسَّمَنِ وَالطُّولِ وَنَحْوِهَا ، أَوْ فِي الْمَعَانِي ، كَتَعْلَمُ^(١١) صُنْعَةَ أَوْ كِتَابَةَ أَوْ قُرْآنَ^(١٢) أَوْ عِلْمٍ ، أَوْ إِسْلَامٍ ، أَوْ قَضَاءٍ دَيْنٍ عَنْهُ . وَبِهَذَا قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الزِّيَادَةُ بِتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ وَقَضَاءِ الدَّيْنِ عَنْهُ ، لَا تَمْنَعُ الرَّجُوعَ . وَلَنَا ، أَنَّهَا زِيَادَةٌ هَا مُقَابِلَ مِنَ الثَّمَنِ ، فَمَنَعَتِ الرَّجُوعَ ، كَالسَّمَنِ وَتَعْلَمُ الصَّنْعَةَ . وَإِنْ زَادَ بُيْرُهُ مِنْ / مَرَضٍ أَوْ صَمَمٍ ، مَنَعَ الرَّجُوعَ ، كَسَائِرِ الزِّيَادَاتِ ، وَإِنْ ١٧٥/٥
كَانَتْ زِيَادَةُ الْعَيْنِ أَوْ التَّعْلَمِ لَا تَزِيدُ فِي قِيمَتِهِ شَيْئًا ، أَوْ يَنْقُصُ مِنْهَا ، لَمْ يَمْنَعْ الرَّجُوعَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِزِيَادَةٍ فِي الْمَالِيَّةِ . وَأَمَّا الزِّيَادَةُ الْمُتَفَصِّلَةُ ، كَوَلَدِ الْبَهِيمَةِ ، وَثَمَرَةِ الشَّجَرَةِ ، وَكَسَبِ الْعَبْدِ ، فَلَا تَمْنَعُ الرَّجُوعَ بِغَيْرِ اخْتِلَافٍ نَعْلَمُهُ . وَالزِّيَادَةُ لِلْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهَا حَادِثَةٌ فِي مِلْكِهِ ، وَلَا تَتَّبَعُ فِي الْفُسُوحِ ، فَلَا تَتَّبَعُ هُنَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهَا لِلْأَبِ . وَهُوَ بَعِيدٌ ، فَإِنْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ وَلَدَ أُمَةٍ لَا يَجُوزُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أُمِّهِ ، مَنَعَ الرَّجُوعَ ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ مِنْهُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أُمِّهِ ، وَذَلِكَ مُحَرَّمٌ^(١٣) ، إِلَّا أَنْ نَقُولَ إِنَّ الزِّيَادَةَ الْمُتَفَصِّلَةَ لِلْأَبِ ، فَلَا يَمْنَعُ الرَّجُوعَ ؛ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ فِيهِمَا جَمِيعًا ، أَوْ يَرْجِعُ فِي الْأُمِّ ، وَيَتَمَلَّكُ^(١٤) الْوَلَدَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ .

فصل : وَإِنْ قَصَرَ^(١٥) الْعَيْنُ أَوْ فَصَّلَهَا ، فَلَمْ تَزِدْ قِيمَتُهَا ، لَمْ تَمْنَعْ الرَّجُوعَ ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ لَمْ تَزِدْ وَلَا الْقِيَمَةَ ، وَإِنْ زَادَتْ قِيمَتُهَا ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مُتَفَصِّلَةٌ ، هَلْ تَمْنَعُ الرَّجُوعَ أَوْ لَا ؟ مَبْنِيٌّ^(١٥) عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي السَّمَنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَمْنَعَ هَذِهِ الزِّيَادَةُ الرَّجُوعَ بِكُلِّ

(٤١ - ٤١) فِي الْأَصْلِ : « الصَّنَاعَةُ أَوْ الْكِتَابَةُ أَوْ الْقُرْآنُ » .

(٤٢) فِي الْأَصْلِ : « يَحْرَمُ » .

(٤٣) فِي الْأَصْلِ : « وَيَمْلِكُ » .

(٤٤) قَصَرَ الثَّوبَ : دَقَهُ وَبَيَّضَهُ .

(٤٥) فِي الْأَصْلِ : « يَبْنِي » .

حال ؛ لأنها حاصلة بفعل الابن ، فَجَرَتْ مَجْرَى الْعَيْنِ الحاصلة بفعله ، بخلاف السَّمَنِ ، فإنه يَحْتَمِلُ أن يكون للأب ، فلا يَمْنَعُ الرُّجُوعُ ، لأنه بَمَاءِ الْعَيْنِ ، فيكون تابعاً لها . وإن وَهَبَ حامِلاً فَوَلَدَتْ في يد الابن ، فهي زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ في الولد . وَيَحْتَمِلُ أن يكون الولد زِيَادَةً مُتَّفَصِلَةً إذا قلنا : الحَمْلُ لا حُكْمَ له . وإن وَهَبَ حامِلاً ، ثم رَجَعَ فيها حامِلاً ، جاز إذا لم تَزِدْ قِيَمَتُهَا ، وإن زادت قِيَمَتُهَا ، فهي زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ^(٤٦) . وإن وَهَبَ حائِلاً فَحَمَلَتْ ، فهي زِيَادَةٌ مُتَّفَصِلَةٌ^(٤٧) ، وله الرُّجُوعُ فيها دُونَ حَمْلِهَا . وإن قُلْنَا : إن الحَمْلَ لا حُكْمَ له ، فزادت به قِيَمَتُهَا ، فهي زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ . وإن لم تَزِدْ قِيَمَتُهَا ، جاز الرُّجُوعُ فيها . وإن وَهَبَ نَحْلاً فَحَمَلَتْ ، فهي قَبْلَ التَّأْيِيدِ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ، وبعده زِيَادَةٌ مُتَّفَصِلَةٌ .

فصل : وإن تَلَفَ بعضُ الْعَيْنِ ، أو نَقَصَتْ قِيَمَتُهَا ، لم يَمْنَعِ الرُّجُوعُ فيها ، ولا ضَمَانٌ على الابن فيما تَلَفَ منها ؛ لأنها تَتَلَفُ^(٤٧) على مِلْكِهِ . وسواء تَلَفَ بفعل الابن أو بغير فعله . وإن جَنَى الْعَبْدُ جِنَايَةً تَعْلَقُ أَرْضُهَا بِرَقَبَتِهِ ، فهو كَنَقْصَانِهِ بِذَهَابِ بعضِ أَجْزَائِهِ ، وللأب الرُّجُوعُ فيه ، فإن رَجَعَ فيه ، ضَمِنَ أَرْضَ الْجِنَايَةِ . وإن جَنَى على الْعَبْدِ ، فَرَجَعَ الأبُّ^(٤٨) فيه ، فَأَرْضُ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ لِلابْنِ ؛ لأنه بِمَنْزِلَةِ الزِّيَادَةِ الْمُتَّفَصِلَةِ . فإن قِيلَ : فلو أَرَادَ الأبُّ الرُّجُوعَ في^(٤٩) الرُّهْنِ ، وعليه فَكَاكُهُ ، لم يَمْلِكْ ذلك ، فكيف مَلَكَ الرُّجُوعَ في^(٤٩) الْعَبْدِ / الجاني إذا أدى أَرْضَ جِنَايَتِهِ ؟ قلنا : الرُّهْنُ يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ في الْعَيْنِ ، بخلاف الْجِنَايَةِ ، ولأنَّ فَلَكَ الرُّهْنُ فَسَخَّ لِعَقْدِ عَقْدَهُ الْمَوْهُوبُ له ، وههنا لم يَتَعْلَقِ الْحَقُّ به من جِهَةِ الْعَقْدِ ، فافترقا .

فصل : والرُّجُوعُ في الْهَبَةِ أن يقول : قد رَجَعْتُ فيها ، أو ارْتَجَعْتُهَا ،

(٤٦) في م : « منفصلة » .

(٤٧) في الأصل : « تلف » .

(٤٨) في م زيادة : « ويرجع الأب » .

(٤٩ - ٤٩) سقط من : الأصل .

أَوْ ارْتَدَّتْهَا^(٥٠) . أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ مِنَ الْأَلْفَاظِ الدَّالَّةِ عَلَى الرَّجُوعِ ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى حُكْمٍ حَاكِمٍ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ الرَّجُوعُ إِلَّا بِقَضَاءِ قَاضٍ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْمُوْهُوبِ لَهُ مُسْتَقَرٌّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ خِيَارٌ فِي فسخِ عَقْدٍ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى قَضَاءٍ ، كَالْفَسْخِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ . فَأَمَّا إِنْ أَخَذَ مَا وَهَبَهُ لَوْلَدِهِ ، فَإِنْ تَوَى بِهِ الرَّجُوعُ ، كَانَ رُجُوعًا ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي نَيْتِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ هَلْ تَوَى الرَّجُوعُ أَوْ لَا ، وَكَانَ ذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِ الْأَبِ ، فَإِنْ لَمْ تَوْجَدْ قَرِينَةً تَدُلُّ عَلَى الرَّجُوعِ ، لَمْ يُحْكَمْ بِكَوْنِهِ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ يَحْتَمِلُ الرَّجُوعَ وَغَيْرَهُ ، فَلَا تُزِيلُ حُكْمًا يَقِينًا^(٥١) بِأَمْرِ مُشْكُوكٍ فِيهِ . وَإِنْ اقْتَرَنْتَ بِهِ قَرَائِنٌ دَالَّةٌ^(٥٢) عَلَى الرَّجُوعِ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَكُونُ رُجُوعًا . اخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ ؛ لِأَنَّا اكْتَفَيْنَا فِي الْعَقْدِ بِدَلَالَةِ الْحَالِ ، فَنَفَى الْفَسْخَ أَوَّلَى ، وَلِأَنَّ لَفْظَ الرَّجُوعِ إِنَّمَا كَانَ رُجُوعًا لِدَلَالَتِهِ عَلَيْهِ ، فَكَذَلِكَ كُلُّ مَا دَلَّ عَلَيْهِ . وَالْآخَرُ ، لَا يَكُونُ رُجُوعًا . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ ثَابِتٌ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ يَقِينًا ، فَلَا يُزُولُ إِلَّا بِالصَّرِيحِ . وَيُمْكِنُ أَنْ يُنَى هَذَا عَلَى نَفْسِ الْعَقْدِ ، فَمَنْ أَوْجَبَ الْإِيجَابَ وَالْقَبُولَ فِيهِ ، لَمْ يَكْتَفِ هَهُنَا إِلَّا بِالْفَلْظِ يَقْتَضِي زَوَالَهُ ، وَمَنْ اكْتَفَى فِي الْعَقْدِ بِالْمُعَاوَاةِ الدَّالَّةِ عَلَى الرِّضَا بِهِ ، فَهَهُنَا أَوَّلَى . وَإِنْ تَوَى الرَّجُوعَ مِنْ غَيْرِ فِعْلٍ وَلَا قَوْلٍ ، لَمْ يَحْصُلِ الرَّجُوعُ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ إِبْثَاتُ الْمِلْكِ عَلَى مَالٍ مَمْلُوكٍ لْغَيْرِهِ ، فَلَمْ يَحْصُلْ بِمُجَرَّدِ النَّيَّةِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ . وَإِنْ عُلِقَ الرَّجُوعُ بِشَرْطٍ ، فَقَالَ : إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَقَدْ رَجَعْتُ فِي الْهَبَةِ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ لِلْعَقْدِ لَا يَقِفُ عَلَى شَرْطٍ ، كَمَا لَا يَقِفُ الْعَقْدُ عَلَيْهِ .

٩٣٥ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ مَاتَ وَلَمْ يَرُدُّهُ ، فَقَدْ ثَبَتَ لِمَنْ وَهَبَ لَهُ ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ فِي صِحَّتِهِ)

يعنى إذا فاضل بين ولده في العطايا ، أو خصَّ بعضهم بعطيته^(١) ، ثم مات قبل أن

(٥٠) في الأصل : « رددتها » .

(٥١) في م : « يقينا » .

(٥٢) في م : « دار » خطأ .

(١) في الأصل : « بعطيته » .

يَسْتَرِدُّهُ ، ثَبَّتَ ذَلِكَ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ ، وَلَزِمَ ، وَلَيْسَ لِثَبَاتِ الْوَرَثَةِ الرُّجُوعُ . هَذَا الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ ، وَالْمَيْمُونِيِّ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْخَلَّالِ ، / وَصَاحِبِهِ أَبِي بَكْرٍ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَفِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى ^(٢) ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ لِسَائِرَ الْوَرَثَةِ أَنْ يَرْتَجِعُوا مَا وَهَبَهُ . اخْتَارَهُ ابْنُ بَطَّةَ وَأَبُو حَفْصٍ الْعُكْبَرِيُّانِ . وَهُوَ قَوْلُ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ ، وَإِسْحَاقَ . وَقَالَ أَحْمَدُ : عُرْوَةُ قَدَرَوِي الْأَحَادِيثِ الثَّلَاثَةِ ؛ حَدِيثَ عَائِشَةَ ، وَحَدِيثَ عُمَرَ ، وَحَدِيثَ عُثْمَانَ ^(٣) ، وَتَرَكَهَا وَذَهَبَ إِلَى حَدِيثِ النَّبِيِّ ﷺ ، يَرُدُّ فِي حَيَاةِ الرَّجُلِ وَبَعْدَ مَوْتِهِ ^(٤) . وَهَذَا قَوْلُ إِسْحَاقَ ، إِلَّا أَنَّهُ قَالَ : إِذَا مَاتَ الرَّجُلُ فَهُوَ مِيرَاثُ بَيْنَهُمْ ، لَا يَسْعُ أَنْ يَنْتَفِعَ أَحَدٌ مِمَّا أُعْطِيَ دُونَ إِخْوَتِهِ وَأَخَوَاتِهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَمَّى ذَلِكَ جَوْرًا يَقُولُ : « لَا تُشْهِدْنِي عَلَى جَوْرٍ » . وَالْجَوْرُ حَرَامٌ لَا يَحِلُّ لِلْفَاعِلِ فِعْلُهُ ، وَلَا لِلْمُعْطَى تَنَاوُلُهُ . وَالْمَوْتُ لَا يُغَيِّرُهُ عَنْ كَوْنِهِ جَوْرًا حَرَامًا ، فَيَجِبُ رَدُّهُ ، وَلِأَنَّ أَبَا بَكْرٍ وَعُمَرَ أَمْرًا قَيْسَ ابْنِ سَعْدٍ ، أَنْ يَرُدَّ قِسْمَةَ أَبِيهِ حِينَ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ ، وَلَمْ يَكُنْ عَلِمَ بِهِ ، وَلَا أَعْطَاهُ شَيْئًا ، وَكَانَ ذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِ سَعْدٍ ، فَرَوَى سَعِيدٌ ^(٥) ، بِإِسْنَادِهِ مِنْ طَرِيقَيْنِ ، أَنَّ سَعْدَ بْنَ عُبَادَةَ قَسَمَ مَالَهُ بَيْنَ أَوْلَادِهِ ، وَخَرَجَ إِلَى الشَّامِ ، فَمَاتَ بِهَا ، ثُمَّ وُلِدَ بَعْدَ ذَلِكَ وَلَدٌ فَمَشَى أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، إِلَى قَيْسِ بْنِ سَعْدٍ ، فَقَالَا : إِنْ سَعْدًا قَسَمَ مَالَهُ ، وَلَمْ يَدْرَ مَا يَكُونُ ، وَإِنَّا نَرَى أَنْ تُرَدَّ هَذِهِ الْقِسْمَةُ . فَقَالَ قَيْسٌ : لَمْ أَكُنْ لِأُغَيِّرْ شَيْئًا صَنَعَهُ سَعْدٌ ، وَلَكِنْ نَصِيبِي لَهُ . وَهَذَا مَعْنَى الْخَبَرِ . وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، لِعَائِشَةَ ، لَمَّا نَحَلَهَا نَحْلًا : وَدَدْتُ لَوْ أَنَّكَ كُنْتَ حُزْبِيهِ ^(٦) . فَدَلَّ عَلَى أَنَّهَا

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣) حديث عائشة تقدم في صفحة ٢٦٣ ، وحديث عمر تقدم في صفحة ٢٦٢ ، وحديث عثمان تقدم في صفحة

٢٥٤ .

(٤) أى إلى أن معنى حديث النبي ﷺ يرد في حياة الرجل وبعد موته .

(٥) في : باب من قطع ميراثا فرضه الله . السنن ٩٧/١ .

(٦) تقدم في صفحة ٢٠٦ .

لو كانت حازته لم يكن له الرجوع . وكذلك قول عمر : لا نَحْلَةَ إِلَّا نَحْلَةً يَحُوزُهَا
الْوَلَدُ دُونَ الْوَالِدِ . ولأنها عَطِيَّةٌ لِوَلَدِهِ فَلَزِمَتْ بِالْمَوْتِ كَمَا لَوَانْفَرَدَ . وقوله : « إذا كان
ذلك في صِحَّتِهِ » يَدُلُّ عَلَى أَنَّ عَطِيَّتَهُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ لَا تُنْفَذُ ؛
لأنَّ الْعَطَايَا فِي مَرَضِ الْمَوْتِ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ ، فِي أَنَّهَا تُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ إِذَا كَانَتْ
لِأَجْنَبِيٍّ إجماعاً ، فكذلك لَا تُنْفَذُ فِي حَقِّ الْوَارِثِ . قال ابنُ الْمُنْذِرِ : أَيْجَمَعَ كُلُّ مَنْ
أَخْفَظَ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، أَنَّ حُكْمَ الْهَبَاتِ فِي الْمَرَضِ الَّذِي يَمُوتُ فِيهِ الْوَاهِبُ ،
حُكْمُ الْوَصَايَا ، هَذَا مَذْهَبُ الْمَدِينِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَالْكَوْفِيِّ . فَإِنْ أُعْطِيَ أَحَدُ بَنِيهِ
فِي صِحَّتِهِ ، ثُمَّ أُعْطِيَ الْآخَرُ فِي مَرَضِهِ ، فَقَدْ تَوَقَّفَ أَحْمَدُ فِيهِ ، فَإِنَّهُ سُئِلَ عَنْ زَوْجِ
ابْنِهِ ، فَأُعْطِيَ عَنْهُ الصَّدَاقُ ، ثُمَّ مَرَضَ الْأَبُ ، وَلَهُ ابْنٌ آخَرُ / ، هَلْ يُعْطِيهِ ^(٧) فِي مَرَضِهِ ؟
كَمَا أُعْطِيَ ابْنُهُ ^(٨) الْآخَرُ فِي صِحَّتِهِ ؟ فَقَالَ : لَوْ كَانَ أَغْطَاهُ فِي صِحَّتِهِ ، فَيَحْتَمِلُ
وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ عَطِيَّتَهُ فِي مَرَضِهِ كَوَصِيَّتِهِ ، وَلَوْ وَصَّى لَهُ لَمْ يَصِحَّ ،
فَكَذَلِكَ إِذَا أَغْطَاهُ . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ التَّسْوِيَةَ بَيْنَهُمَا وَاجِبَةٌ ، وَلَا طَرِيقَ لَهَا فِي هَذَا
الْمَوْضِعِ إِلَّا بِعَطِيَّةٍ ^(٩) الْآخِرِ ، فَتَكُونُ وَاجِبَةً ، فَتَصِحُّ ، كَقَضَاءِ ذَنْبِهِ .

فصل : قال أحمدُ : أُحِبُّ أَنْ لَا يُقَسَّمَ مَالُهُ ، وَيَدَّعَى عَلَى فَرَائِضِ اللَّهِ تَعَالَى ، لَعَلَّهُ
أَنْ يُوَلَّدَ ، فَإِنْ أُعْطِيَ وَلَدُهُ مَالَهُ ، ثُمَّ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ ، فَأَعْجَبُ إِلَى أَنْ يَرْجِعَ فَيَسْوَى بَيْنَهُمْ .
يَعْنِي يَرْجِعُ فِي الْجَمِيعِ ، أَوْ يَرْجِعُ فِي بَعْضِ مَا أُعْطِيَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لِيُدْفَعُوهُ ^(١٠) إِلَى
هَذَا الْوَلَدِ الْحَادِثِ ، لِيُسَاوِيَ إِخْوَتَهُ . فَإِنْ كَانَ هَذَا الْوَلَدُ الْحَادِثُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، لَمْ يَكُنْ

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

(٨) سقط من : م .

(٩) في الأصل : « بعطيته » .

(١٠) في الأصل : « ليدفعه » .

له الرُّجُوعُ عَلَى إِخْوَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَطِيَّةَ لَرِمَتْ بِمَوْتِ أَبِيهِ ، إِلَّا عَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ، الَّتِي ذَهَبَ إِلَيْهَا أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ بَطَّةَ . وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ لِمَنْ ^(١١) أُعْطِيَ أَنْ يُسَاوِيَ أَخَاهُ فِي عَطِيَّتِهِ ، وَلِذَلِكَ أَمَرَ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، قَيْسَ بْنَ سَعْدٍ ، بِرَدِّ قِسْمَةِ أَبِيهِ ، لِيُسَاوُوا الْمَوْلُودَ الْحَادِثَ بَعْدَ مَوْتِ أَبِيهِ .

فصل : وَلِلْأَبِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ مَا شَاءَ ، وَيَتَمَلَّكَهُ ، مَعَ حَاجَةِ الْأَبِ إِلَى مَا يَأْخُذُهُ ، وَمَعَ عَدَمِهَا ، صَغِيرًا كَانَ الْوَلَدُ أَوْ كَبِيرًا ، بِشَرْطَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ لَا يُجْحِفَ بِالْأَبْنِ ، وَلَا يَضُرُّهُ ، وَلَا يَأْخُذَ شَيْئًا تَعَلَّقَتْ بِهِ حَاجَتُهُ . الثَّانِي ، أَنْ لَا يَأْخُذَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ ^(١٢) فَيُعْطِيَهُ الْآخَرَ . نَصُّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ سَعِيدٍ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْ تَخْصِيصِ بَعْضِ وَلَدِهِ بِالْعَطِيَّةِ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ ، فَلَا أَنْ يُنَمَّعَ مِنْ تَخْصِيصِهِ بِمَا أَخَذَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ الْآخِرِ أَوَّلَى . وَقَدَرُوا أَنْ مَسْرُوقًا زَوْجَ ابْنَتِهِ بِصَدَاقِ عَشْرَةِ آلَافٍ ، فَأَخَذَهَا ، وَأَنْفَقَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَقَالَ لِلزَّوْجِ : جَهِّزْ أَمْرَأَتَكَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ إِلَّا بِقَدْرِ حَاجَتِهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا ، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا » ^(١٣) ، « فِي بَلَدِكُمْ هَذَا » ^(١٤) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١٥) . وَرَوَى الْحَسَنُ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « كُلُّ أَحَدٍ أَحَقُّ بِكَسْبِهِ مِنْ وَالِدِهِ وَوَلَدِهِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ فِي « سُنَنِهِ » ^(١٥) . وَهَذَا نَصُّ . وَرَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ » ^(١٦) طَيْبِ نَفْسِهِ . رَوَاهُ الدَّارَقُطْنِيُّ ^(١٧) . وَلِأَنَّ مِلْكَ الْإِبْنِ تَامٌ

(١١) فِي م : « مِنْ » .

(١٢) فِي م : « وَلَدِهِ » .

(١٣) - (١٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٤) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ : ١٥٦/٥ .

(١٥) وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ قَالَ يَجِبُ عَلَى الرَّجُلِ مَكَاتِبُهُ عِنْدَهُ ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَكَاتِبِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى

٣١٩/١٠ . عَنْ حَبَانَ بْنِ أَلَى جَبَلَةَ .

(١٦) فِي م : « عَلَى » .

=

(١٧) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي : ٦٠٦/٦ . وَيُضَافُ إِلَيْهِ :

على مال نفسه ، فلم يَجُزْ انْتِزاعه منه ، كالذى / تَعَلَّقَتْ به حاجته . ولنا ، ما رَوَتْ ١٧٧/٥ و
عائشة ، رَضِيَ الله عنها ، قالت : قال رسول الله ﷺ : « إِنَّ أَطْيَبَ مَا أَكَلْتُمْ مِنْ
كَسْبِكُمْ ، وَإِنَّ أَوْلَادَكُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ » . أَخْرَجَهُ سَعِيدٌ ، وَالتِّرْمِذِيُّ ^(١٨) ، وقال :
حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَرَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ إِلَى
النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ : إِنَّ أَبِي احتاج مالى . فقال : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . رَوَاهُ
الطَّبْرَانِيُّ ، فِي « مُعْجَمِهِ » ^(١٩) مُطَوَّلًا ، وَرَوَاهُ غَيْرُهُ ، وَزَادَ : « إِنَّ أَوْلَادَكُمْ مِنْ
أَطْيَبِ كَسْبِكُمْ ، فَكُلُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ » . وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ الْمُثَنِّدِ ، وَالمُطَلِّبُ بْنُ
حَنْطَبٍ ، قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : إِنَّ لِي مَالًا وَعِيَالًا ، وَلِأَبِي
مَالًا وَعِيَالًا ، وَأَبِى يُرِيدُ أَنْ يَأْخُذَ مَالِي . فقال النبي ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » .
أَخْرَجَهُ سَعِيدٌ ، فِي « سُنَنِهِ » ^(٢٠) . وَلَأنَّ الله تعالى جَعَلَ الْوَلَدَ مَوْهُوبًا لِأَبِيهِ ، فَقَالَ :
﴿ وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ ﴾ ^(٢١) . وقال : ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَى ﴾ ^(٢٢) . وقال
زَكَرِيَّا : ﴿ فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا ﴾ ^(٢٣) . وقال إبراهيم : ﴿ الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي

= كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١١٣/٥ . والبيهقى ، في : باب لا يملك أحد بالجنابة شيئاً جنى عليه
إلا أن يشاء هو والمالك ، وباب من غصب لوحاً فأدخله في سفينة ... ، من كتاب الغصب . السنن الكبرى
١٠٠ ، ٩٧/٦ .

(١٨) تقدم تخريجه في ٢٦٣ .

(١٩) رواه الطبراني ، في الكبير ٢٧٩/٧ . عن سمرة . وفي الصغير ٨/١ . عن عبد الله بن مسعود . وانظر : إرواء
الغليل ٣٢٥/٣ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب مال الرجل من مال ولده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٩/٢ .
وأبو داود ، في : باب في الرجل يأكل من مال ولده ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٩/٢ . والإمام أحمد ،
في : المسند ١٧٩/٢ ، ٢٠٤ ، ٢١٤ .

(٢٠) وأخرجه ابن ماجه ، في : باب مال الرجل من مال ولده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٩/٢ .
والطحاوى ، في : باب بيان مشكل ما روى أنت ومالك لأبيك . مشكل الآثار ٢٣٠/٢ . والبيهقى ، في : باب
ما جاء في إخباره من قال في نفسه شعراً ... ، دلائل النبوة ٣٠٤/٦ ، ٣٠٥ .

(٢١) سورة الأنعام ٨٤ .

(٢٢) سورة الأنبياء ٩٠ .

(٢٣) سورة مريم ٥ .

وَهَبَ لِي عَلَى الْكَبِيرِ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ ﴿٢٤﴾ . وما كان مَوْهُوبًا له ، كان له أَخْذُ مَالِهِ ، كَعَبْدِهِ . وقال سُفْيَانُ بْنُ عُيَيْنَةَ ، في قوله : ﴿ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ ﴾ (٢٥) . ثم ذَكَرَ بُيُوتَ سَائِرِ الْقَرَابَاتِ إِلَّا الْأَوْلَادَ لَمْ يَذْكُرْهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ دَخَلُوا فِي قَوْلِهِ : ﴿ بُيُوتِكُمْ ﴾ . فلما كانت بُيُوتُ أَوْلَادِهِمْ كَبُيُوتِهِمْ ، لَمْ يَذْكُرْ بُيُوتَ أَوْلَادِهِمْ . وَلِأَنَّ الرَّجُلَ يَلِي مَالَ وَلَدِهِ مِنْ غَيْرِ تَوَلِيَةٍ ، فَكَانَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ كَالِإِنْفَاسَةِ . وَأَمَّا أَحَادِيثُهُمْ ، فَأَحَادِيثُنَا تُخَصِّصُهَا وَتُفَسِّرُهَا ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ مَالَ الْإِبْنِ مَالًا لِأَبِيهِ ، بِقَوْلِهِ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . فَلَا تَنَافَى بَيْنَهُمَا . وقوله : « أَحَقُّ بِهِ مِنْ وَالِدِهِ وَوَلَدِهِ » . مُرْسَلٌ ، ثُمَّ هُوَ يُدَلُّ عَلَى تَرْجِيحِ حَقِّهِ عَلَى حَقِّهِ ، لَا عَلَى نَفْيِ الْحَقِّ بِالْكُلِّيَّةِ ، وَالْوَلَدُ أَحَقُّ مِنَ الْوَالِدِ بِمَا تَعَلَّقَتْ بِهِ حَاجَتُهُ .

فصل : وليس لِلْوَلَدِ (٢٦) مُطَالَبَةُ أَبِيهِ بِدَيْنٍ عَلَيْهِ . وبه قال الزُّبَيْرُ بْنُ بَكَّارٍ . وهو مُقْتَضَى قول سُفْيَانَ بْنِ عُيَيْنَةَ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ ثَابِتٌ ، فَجَازَتْهُ الْمُطَالَبَةُ بِهِ (٢٧) ، كغَيْرِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ رَجُلًا جَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ بِأَبِيهِ يَقْتَضِيهِ دَيْنًا عَلَيْهِ ، فَقَالَ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . رَوَاهُ أَبُو مُحَمَّدٍ الْحَلَالُ بِإِسْنَادِهِ (٢٨) . وَرَوَى الزُّبَيْرُ بْنُ بَكَّارٍ ، فِي كِتَابِ « الْمَوْفَقِيَّاتِ » (٢٩) ، بِإِسْنَادِهِ ، أَنَّ رَجُلًا اسْتَقْرَضَ مِنْ ابْنِهِ / مَالًا ، فَحَبَسَهُ ، فَأَطَالَ حَبْسَهُ ، فَاسْتَعْدَى عَلَيْهِ الْإِبْنُ عَلَى ابْنِ أَبِي طَالِبٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَذَكَرَ قِصَّتَهُ فِي شِعْرِ ، فَأَجَابَهُ أَبُوهُ بِشِعْرٍ أَيْضًا ، فَقَالَ عَلَى رَضَى اللَّهِ عَنْهُ :

(٢٤) سورة إبراهيم ٣٩ .

(٢٥) سورة النور ٦١ .

(٢٦) في الأصل : « للمرء » .

(٢٧) سقط من : م .

(٢٨) تقدم تخريجه في صفحة ٢٧٣ .

(٢٩) الموفقيات ١١١ ، ١١٢ .

قد سَمِعَ القاضى ومن رَبِّى الفهم
 المَالُ لِلشَّيْخِ جَزَاءُ بالتَّعَمُّ
 يَأْكُلُهُ بِرَغْمِ أَنْفٍ مِّن رَّغْمٍ
 مَّن قَالَ قَوْلًا غَيْرَ ذَا فَقَدْ ظَلَمَ
 وَجَارَ فِي الْحُكْمِ وَيُسَمَّى مَا جَرَمَ

قال الزُّبَيْرُ : إلى هذا نَذْهَبُ . ولأنَّ المَالِ أَحَدُ نَوْعِي الْحُقُوقِ ، فلم يَمْلِكْ مُطَالَبَةُ
 أبيه بها ، كحُقُوقِ الأبدانِ . ويُفَارِقُ الأبُ غَيْرَهُ ، بما ثَبَتَ لَهُ مِنَ الْحَقِّ عَلَى وَلَدِهِ . وإن
 ماتَ الابنُ ، فانتَقَلَ الدِّينُ إِلَى وَرَثَتِهِ ، لم يَمْلِكُوا مُطَالَبَةَ الأبِ بِهِ ؛ لأنَّ مَوْرُوثَهُمْ لم يَكُنْ
 لَهُ الْمُطَالَبَةُ ، فهم أَوْلَى . وإن ماتَ الأبُ ، رَجَعَ الابنُ فِي تَرَكَّتِهِ بِدَيْنِهِ ؛ لأنَّ دَيْنَهُ لم
 يَسْقُطْ عَنِ الأبِ ، وَإِنَّمَا تَأَخَّرَتِ الْمُطَالَبَةُ . وقد رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قال : إِذَا ماتَ
 الأبُ ، بَطَلَ دَيْنُ الابنِ . وقال فِي مَنْ أَخَذَ مِنْ مَهْرِ ابْنَتِهِ شَيْئًا فَأَنْفَقَهُ : فليس عليه شَيْءٌ ،
 ولا يُؤْخَذُ مِنْ بَعْدِهِ ، وما أَصَابَتْ مِنَ الْمَهْرِ مِنْ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ أَخَذْتَهُ . وتأوَّلَ بعضُ أَصْحَابِنَا
 كَلَامَهُ عَلَى (٣٠) أَنَّ لَهُ مَا (٣٠) أَخَذَهُ عَلَى سَبِيلِ التَّمْلِيكِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ أَخَذَهُ لَهُ ،
 وَإِنْفَاقَهُ إِيَّاهُ ، دَلِيلًا عَلَى قَصْدِ (٣١) التَّمْلِيكِ ، فَيُثْبِتُ الْمِلْكُ (٣١) بِذَلِكَ الْأَخْذِ . واللهُ
 أَعْلَمُ .

فصل : وإن تَصَرَّفَ الأبُ فِي مالِ الابنِ قَبْلَ تَمْلِكِهِ ، لم يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ . نَصَّ عَلَيْهِ
 أَحْمَدُ ، فقال : لا يَجُوزُ عَتَقُ الأبِ لِعَبْدِ ابْنِهِ ، ما لم يَقْبِضْهُ . فعلى هذا ، لا يَصِحُّ إِبْرَأُوه
 مِنْ دَيْنِهِ ، ولا هِبَتُهُ لِمَالِهِ ، ولا بَيْعُهُ لَهُ ؛ وذلكَ لأنَّ مِلْكَ الابنِ تَأَمُّ عَلَى مالِ نَفْسِهِ ،
 فَصَحَّ (٣٢) تَصَرُّفُهُ فِيهِ ، وَيَحِلُّ لَهُ وَطْءُ جَوَارِيهِ ، ولو كانَ الْمِلْكُ مُشْتَرَكًا ، لم يَحِلَّ لَهُ
 الْوَطْءُ ، كما لا يَجُوزُ وَطْءُ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ ، وَإِنَّمَا لِلأَبِ انْتِزَاعُهُ مِنْهُ ، كَالْعَيْنِ الَّتِي

(٣٠ - ٣٠) فِي الْأَصْلِ : « أَنَّهُ » .

(٣١ - ٣١) فِي الْأَصْلِ : « التَّمْلِكُ لَهُ » .

(٣٢) فِي م : « يَصَحُّ » .

وَهَبَهَا إِيَّاهُ ، فَقَبِلَ اثْتِزَاعَهَا لَا يَصِحُّ نَصْرُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ وَلَايَةٍ .
وَلِإِنْ كَانَ الْابْنُ صَغِيرًا ، لَمْ يَصِحَّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ بِمَا لَا حَظَّ لِلصَّغِيرِ فِيهِ ،
وَلَيْسَ مِنَ الْحَظِّ إِسْقَاطُ دَيْنِهِ ، وَعِنْتُ عَبْدِهِ ، وَهَبَةٌ مَالِهِ .

فصل : قال أحمد : بين الرجل وبين ولده ربًا . لما ذكرناه من أن ملك الابن على ماله تام . وقال : لا يطأ جارية الابن ، إلا أن يقبضها . يعنى يتملكها . وذلك لأنه إذا وطئها قبل تملكها ، فقد وطئها وليسَتْ زَوْجَةً وَلَا مِلْكٌ يَمِينٍ ، وَإِنْ تَمَلَّكَهَا ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ / وَطْئُهَا حَتَّى يَسْتَبْرَأَهَا ؛ لِأَنَّهُ ابْتِدَاءُ مِلْكٍ ، فَوَجَبَ الِاسْتِبْرَاءُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهَا . وَإِنْ كَانَ الْابْنُ قَدْ وَطِئَهَا ، لَمْ تَحِلَّ لَهُ بِحَالٍ . وَإِنْ وَطِئَهَا قَبْلَ تَمَلُّكِهَا (٣٣) ، كَانَ مُحَرَّمًا مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ وَطِئَهَا قَبْلَ مِلْكِهَا . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ وَطِئَهَا قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا . وَإِنْ كَانَ الْابْنُ وَطِئَهَا ، حُرِّمَتْ بِوَجْهِ ثَالِثٍ ، وَهِيَ أَنَّهَا صَارَتْ بِمَنْزِلَةِ حَلِيلَةِ ابْنِهِ ، فَإِنْ فَعَلَ ، فَلَا حُدَّ عَلَيْهِ ؛ لِشَبْهَةِ الْمَلِكِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَضَافَ مَالَ الْوَلَدِ إِلَى أَبِيهِ ، فَقَالَ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْهُ ، صَارَتْ أُمُّ وَلَدِهِ ، وَوَلَدُهُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ وَطْئِهِ انْتَفَى عَنْهُ الْحُدُّ لِلشَّبْهِةِ ، وَتَصِيرُ أُمُّ وَلَدِهِ (٣٤) ، وَلَيْسَ لِلْابْنِ مُطَالَابَتُهُ بِشَيْءٍ مِنْ قِيمَتِهَا ، وَلَا قِيمَةِ وَلَدِهَا وَلَا مَهْرِهَا . وَهَلْ يُعْزَرُ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُعْزَرُ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ وَطْأً مُحَرَّمًا ، أَشْبَهَ مَالَهُ وَطْئَ جَارِيَةٍ مُشْتَرَكَةٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ . وَالثَّانِي ، لَا يُعْزَرُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْتَصُّ مِنْهُ بِالْجَنَائَةِ عَلَى وَلَدِهِ ، فَلَا يُعْزَرُ بِالتَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ .

فصل : وليس لغير الأب الأخذ من مال غيره بغير إذنه ؛ لِأَنَّ الْحَبَرَ وَرَدَ فِي الْأَبِ ، بِقَوْلِهِ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ غَيْرِ الْأَبِ (٣٥) عَلَيْهِ ، لِأَنَّ لِلْأَبِ (٣٥) وَلَايَةً عَلَى وَلَدِهِ وَمَالِهِ إِذَا كَانَ صَغِيرًا ، وَلَهُ شَفَقَةٌ تَامَّةٌ (٣٦) ، وَحَقٌّ مُتَأَكِّدٌ ، وَلَا يَسْقُطُ

(٣٣) فِي م : « تَمَلَّكَهَا » .

(٣٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣٥ - ٣٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

مِيرَاتُهُ بِحَالٍ . وَالْأُمُّ لَا تَأْخُذُ ؛ لِأَنَّهَا لَا يَأْتِيهَا . وَالْجَدُّ أَيْضًا لَا يَلِي عَلَى مَالٍ وَلَدَيْهِ ، وَشَفَقَتُهُ قَاصِرَةٌ عَنْ شَفَقَةِ الْأَبِ ، وَيُخَجَّبُ بِهِ فِي الْمِيرَاثِ ، وَفِي وَلَايَةِ التَّكَاحِ . وَغَيْرُهُمَا^(٣٧) مِنَ الْأَقَارِبِ وَالْأَجَانِبِ لَيْسَ لَهُمُ الْأَخْذُ بِطَرِيقِ التَّنْبِيهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا امْتَنَعَ الْأَخْذُ فِي حَقِّ الْأُمِّ وَالْجَدِّ ، مَعَ مُشَارَكَتِهِمَا لِلأَبِ فِي بَعْضِ الْمَعَانِي ، فَغَيْرُهُمَا مَمْنٌ^(٣٨) لَا يُشَارِكُ الْأَبَ فِي ذَلِكَ أَوْلَى .

٩٣٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَحِلُّ لَوَاهِبٍ أَنْ يَرْجَعَ فِي هَبِّهِ ، وَلَا لِمُهْدٍ أَنْ يَرْجَعَ فِي هَدِيَّتِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُثَبِّ عَلَيْهِمَا)

يعنى وإن لم يُعَوِّضْ عنها^(١) . وَأَرَادَ مِنْ عَدَا الْأَبِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ذَكَرَ أَنَّ لِلأَبِ الرَّجُوعَ ، بِقَوْلِهِ : « أَمَرَ بِرَدِّهِ » . فَأَمَّا غَيْرُهُ فَلَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ فِي هَبِّهِ وَلَا هَدِيَّتِهِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ النَّخَعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : مَنْ وَهَبَ لغير ذِي رَحِمٍ ، فَلَهُ الرَّجُوعُ ، مَا لَمْ يُثَبِّ عَلَيْهَا ، وَمَنْ وَهَبَ لَذِي رَحِمٍ ، فَلَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ^(٢) ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَاحْتَجُّوا بِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « الرَّجُلُ أَحَقُّ بِهَبِّهِ ، مَا لَمْ يُثَبِّ مِنْهَا » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهٍ ، فِي « سُنَنِهِ »^(٣) . وَبِقَوْلِ عُمَرَ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ لَهُ عَنْهَا عَوِّضٌ ، فَجَازَ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا ، كَالْعَارِيَّةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْعَائِدُ فِي هَبِّهِ ، كَالْعَائِدِ فِي قَيْئِهِ » . وَفِي لَفْظٍ : « كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ » . وَفِي رِوَايَةٍ لَأَنَّهُ « لَيْسَ لَنَا مِثْلُ السَّوِّ ، الْعَائِدُ فِي هَبِّهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٤) ، وَأَيْضًا

(٣٧) في م : « وغيرها » .

(٣٨) في م : « مما » .

(١) في الأصل : « عليها » .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٦٢ .

(٣) في : باب من وهب هبة رجاء ثوابها ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٨ .

(٤) اللفظ الأول تقدم تخريجه في : ١٠٤/٤ .

والثاني أخرجه البخارى ، في : باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها ... ، من كتاب الهبة . صحيح =

قول النبي ﷺ : « لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يُعْطَى عَطِيَّةٌ ، فَيَرْجِعَ فِيهَا ، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطَى وَلَدُهُ » . وقد ذكرناه^(٥) . وروى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده أن نبي الله ﷺ قال : « لَا يَرْجِعُ وَاهِبٌ فِي هِبَتِهِ ، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطَى وَلَدُهُ »^(٦) . ولأنه واهب لا ولاية له في المال ، فلم يرجع في هيبته ، كذي الرِّحمِ المحرم . وأحاديثنا أصح من حديثهم^(٧) وأولى . وقول عمر ، قد روى عن ابنه وابن عباس خلافه . وأما العارية فإئامها هي هبة المنافع ، ولم يحصل القبض فيها . فإن قبضها باستيفائها ، فنظير مسألتنا ما استوفى من منافع العارية ، فإنه لا يجوز الرجوع فيها .

فصل : فحصل الاتفاق على أن ما وهبه الإنسان لذوي رجليه المحرم غير ولده ، لا رجوع فيه . وكذلك ما وهب الزوج لامرأته . والخلاف فيما عدا هؤلاء ، فعندنا لا يرجع إلا الوالد ، وعندهم لا يرجع إلا الأجنبي . فأما هبة المرأة لزوجها ، فعن أحمد فيه روايتان ؛ إحداهما ، لا رجوع لها فيها . وهذا قول عمر بن عبد العزيز ، والنخعي ، وربيعة ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي . وهو قول عطاء ، وقتادة . والثانية ، لها الرجوع . قال الأثرم : سمعت أحمد يسأل عن المرأة تهب ، ثم ترجع ، فرأيت أنه يجعل النساء غير الرجال . ثم ذكر الحديث : « إنما يرجع إئتما يرجع »

= البخاري ٢٠٧/٣ . وابن ماجه ، في : باب الرجوع في الهبة ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٧/٢ .
والثالث أخرجه البخاري ، في : باب لا يحل لأحد أن يرجع في هيبته وصدقته ، من كتاب الهبة ، وفي : باب في الهبة والشفعة ، من كتاب الخيل . صحيح البخاري ٢١٥/٣ ، ٣٥/٩ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٣٠١/٥ . والنسائي ، في : باب ذكر الاختلاف لخبر عبد الله بن عباس فيه ، من كتاب الهبة . المجتبى ٢٢٤/٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢١٧/٢ .
(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٢٦٢ .

(٦) أخرجه ابن ماجه ، في : باب من أعطى ولده ثم رجع فيه ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٨٢/٢ . والبيهقي ، في : باب من قال لا يحل لواهب أن يرجع فيما وهب لأحد ... ، من كتاب الهبات . السنن الكبرى ١٧٩/٦ ، ١٨٠ .

(٧) في م : « أحاديثهم » .

فِي الْمَوَاهِبِ النِّسَاءِ وَشِرَارِ الْأَقْوَامِ ^(٨) . وَذَكَرَ حَدِيثَ عُمَرَ : إِنَّ النِّسَاءَ يُعْطِينَ
أَزْوَاجَهُنَّ رَغْبَةً وَرَهْبَةً ، فَأَيُّمَا امْرَأَةٍ أَعْطَتْ زَوْجَهَا شَيْئًا ، ثُمَّ أَرَادَتْ أَنْ تَعْتَصِرَهُ ، فَهِيَ
أَحَقُّ بِهِ . رَوَاهُ الْأَثَرُمُ بِإِسْنَادِهِ ^(٩) . وَهَذَا قَوْلُ شُرَيْحٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَحَكَاهُ الزُّهْرِيُّ
عَنِ الْقُضَاةِ . وَعَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةً أُخْرَى ثَالِثَةً ، نَقَلَهَا أَبُو طَالِبٍ ، إِذَا وَهَبَتْ لَهُ مَهْرَهَا ،
فَإِنْ كَانَ سَأَلَهَا ذَلِكَ ، رَدَّهَ إِلَيْهَا ، رَضِيَتْ أَوْ كَرِهَتْ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَهَبُ إِلَّا مَخَافَةَ غَضَبِهِ ،
أَوْ ^(١٠) إِضْرَارٍ بِهَا ، بَأَنْ يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَأَلَهَا ، وَتَبَرَّعَتْ بِهِ ، فَهُوَ جَائِزٌ .
فَظَاهِرُ هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، أَنَّهُ مَتَى كَانَتْ مَعَ الْهَبَةِ قَرِينَةٌ ، مِنْ مَسْأَلَتِهِ لَهَا ، أَوْ غَضَبِهِ عَلَيْهَا ،
أَوْ مَا يَدُلُّ عَلَى خَوْفِهَا مِنْهُ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ ؛ لِأَنَّ شَاهِدَ الْحَالِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا لَمْ تَطِبْ بِهَا
نَفْسُهَا ، وَإِنَّمَا أَبَاحَهُ اللَّهُ عِنْدَ طَيْبِ نَفْسِهَا ، بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ
شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾ ^(١١) . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ الرِّوَايَةِ الْأُولَى ،
وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ إِلَّا أَنْ يَغْفُونَ أَوْ يَغْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ
النِّكَاحِ ﴾ ^(١٢) . / وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا
مَرِيئًا ﴾ . وَعُمُومُ الْأَحَادِيثِ الَّتِي قَدَّمْنَاهَا .

فصل : وَلَا يَجُوزُ لِلْمُتَصَدِّقِ الرُّجُوعُ فِي صَدَقَتِهِ ، فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ عُمَرَ قَالَ
فِي حَدِيثِهِ : مَنْ وَهَبَ هَبَةً عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا ^(١٣) . مَعَ عُمُومِ
أَحَادِيثِنَا ، فَاتَّفَقَ دَلِيلُهُمْ وَدَلِيلُنَا ، فَلِذَلِكَ اتَّفَقَ قَوْلُهُمْ وَقَوْلُنَا .

(٨) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب العائد في هبته ، من كتاب المواهب . المصنف ١١١/٩ . والطحاوي ، في :

باب الرجوع في الهبة ، من كتاب الهبة والصدقة . شرح معاني الآثار ٨٢/٤ .

(٩) وأخرجه عبد الرزاق بنحوه ، في : باب هبة المرأة لزوجها ، من كتاب المواهب . المصنف ١١٥/٩ .

(١٠ - ١٠) في الأصل : « احتراز » .

(١١) سورة النساء ٤ .

(١٢) سورة البقرة ٢٣٧ .

(١٣) تقدم تخريجه في صفحة ٢٦٢ .

فصل : والهِبَةُ الْمُطْلَقَةُ ، لَا تَقْتَضِي ثَوَابًا ، سواء كانت من الإنسان لِمِثْلِهِ أو دُونِهِ أو أَعْلَى مِنْهُ . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي فِي الْهِبَةِ لِمِثْلِهِ أو دُونِهِ كَقَوْلِنَا . فَإِنْ كَانَتْ لِأَعْلَى مِنْهُ ، ففِيهَا قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهَا تَقْتَضِي الثَّوَابَ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، لقول عمر ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً أَرَادَ بِهَا الثَّوَابَ ، فَهُوَ عَلَى هَيْبَتِهِ ، يَرْجِعُ فِيهَا إِذَا لَمْ يَرْضَ مِنْهَا ^(١٤) . وَلَنَا ، أَنَّهَا عَطِيَّةٌ عَلَى وَجْهِ التَّبَرُّعِ ، فَلَمْ تَقْتَضِ ثَوَابًا ، كَهِبَةِ الْمِثْلِ وَالْوَصِيَّةِ ، وَحَدِيثُ عُمَرَ قَدْ خَالَفَهُ ابْنُهُ وَابْنُ عَبَّاسٍ ، فَإِنْ عَوَّضَهُ عَنِ الْهِبَةِ ، كَانَتْ هِبَةً مُبْتَدَأَةً لَا عَوْضًا ، أَثَمًا أَصَابَ غَنِيًّا لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّدُّ . وَإِنْ خَرَجَتْ مُسْتَحَقَّةً ، أَخَذَهَا صَاحِبُهَا ، وَلَمْ يَرْجِعِ الْمَوْهُوبُ لَهُ بِبَدْلِهَا . فَإِنْ شَرَطَ فِي الْهِبَةِ ثَوَابًا مَعْلُومًا ، صَحَّ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ بِعَوْضٍ مَعْلُومٍ ، فَهُوَ كَالْبَيْعِ ، وَحُكْمُهَا حُكْمُ الْبَيْعِ ، فِي ضَمَانِ الدَّرَكِ ، وَثُبُوتِ الْخِيَارِ وَالشُّفْعَةِ . وَبِهَذَا قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ قَوْلٌ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ فِي الْهِبَةِ مَا يَنَافِي مُقْتَضَاهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَمْلِيكٌ بِعَوْضٍ ، فَصَحَّ مَا لَوْ قَالَ : مَلَكَتُكَ هَذَا بِدَرَاهِمٍ . فَإِنَّهُ لَوْ أَطْلَقَ التَّمْلِيكَ كَانَ هِبَةً ، وَإِذَا ذَكَرَ الْعَوْضَ صَارَ بَيْعًا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ مَا يَقْتَضِي أَنْ يَغْلِبَ فِي هَذَا حُكْمُ الْهِبَةِ ، فَلَا تُثْبِتُ فِيهَا أَحْكَامُ الْبَيْعِ الْمُخْتَصَّةُ بِهِ . فَأَمَّا إِنْ شَرَطَ ثَوَابًا مَجْهُولًا ، لَمْ يَصِحَّ ، وَفَسَدَتِ الْهِبَةُ ، وَحُكْمُهَا حُكْمُ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ ، يَرُدُّهَا الْمَوْهُوبُ لَهُ بِزِيَادَتِهَا الْمُتَّصِلَةِ وَالْمُنْفَصِلَةِ ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ لِمِلْكِ الْوَائِبِ . وَإِنْ كَانَتْ تَأْلِفَةً ^(١٥) ، رَدَّ قِيمَتَهَا . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّهَا تَصِحُّ ، فَإِذَا أَعْطَاهَا عَوْضًا رَضِيَ بِهِ ، لَزِمَ الْعَقْدُ بِذَلِكَ ، فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةٍ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ : إِذَا قَالَ الْوَائِبُ : هَذَا لَكَ عَلَى أَنْ تُثْبِتَنِي . فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ إِذَا لَمْ يُثْبِتْهُ ، لِأَنَّهُ شَرَطَ . وَقَالَ ، فِي رِوَايَةِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ سَعِيدٍ : إِذَا وَهَبَ لَهُ عَلَى وَجْهِ الْإِثَابَةِ ،

(١٤) تقدم تخريجه في صفحة ٢٦٢ .

(١٥) في الأصل : « باقية » .

فلا يجوز إلا أن يُشبه عنها^(١٦) ، فعلى هذا عليه أن يُعطيه حتى يرضيه ، فإن لم يفعل فللواهب الرجوع . ويحتمل أن يُعطيه قدر قيمتها . والأول أصح ؛ لأن هذا بيع ، فيعتبر فيه التراضي ، إلا أنه / بيع بالمعاطاة ، فإذا عوضه عوضاً رضى به ، حصل البيع^{١٧٩/٥} بما حصل من المعاطاة مع التراضي بها ، وإن لم يحصل التراضي ، لم تصح ؛ لعدم العقد ، فإنه لم يوجد الإيجاب والقبول ولا المعاطاة مع التراضي . والأصل في هذا قول عمر ، رضى الله عنه : من وهب هبةً أراد بها الثواب ، فهو على هبته ، يرجع فيها إذا لم يرض منها . وروى معنى ذلك عن علي ، وفضالة بن عبيد ، ومالك بن أنس . وهو قول الشافعي ، على القول الذي يرى أن الهبة المطلقة تفتضي ثواباً . وقد روى أبو هريرة ، أن أعرابياً وهب للنبي ﷺ ناقةً ، فأعطاه ثلاثاً فأبى ، فزاده ثلاثاً ، فأبى ، فزاده ثلاثاً ، فلما كملت تسعاً ، قال : رضىت : فقال النبي ﷺ : « لقد هممت أن لا أتهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفى أو دؤسى » . من « المسند »^(١٧) . قال أحمد : إذا تغيرت العين المؤهوبة بزيادة أو نقصان ، ولم يشبه منها ، فلا أرى عليه نقصان ما نقص عنه إذا رده إلى صاحبه ، إلا أن يكون ثوباً لبسه ، أو غلاماً استعمله ، أو جارية استخدمها ، فأما غير ذلك إذا نقص فلا شيء عليه ، فكان عندى مثل الرهن ، الزيادة والنقصان لصاحبه .

٩٣٧ - مسألة ؛ قال : (وإذا قال : دارى لك عمرى . أو هى لك عمرى .

فهى له ولورثته من بعده)

العمرى والرقيقى : نوعان من الهبة ، يفتقران إلى ما يفتقر إليه سائر الهبات من

(١٦) فى الأصل : « منها » .

(١٧) المسند ٢/٢٤٧ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب العمرى . المجتبى ٢٣٧/٦ . وعبد الرزاق ، فى : باب الهبات ، من كتاب المواهب . المصنف ١٠٥/٩ ، ١٠٦ .

الإيجاب والقبول والقبض ، أو ما يقوم مقام ذلك عند من اعتبره . وصورة العمرى أن يقول الرجل : أعمرتك دارى هذه ، أو هى لك عمرى ، أو ما عشت ، أو مدة حياتك ، أو ما حيت ، أو نحو هذا . سُميت عمرى لتفسيدها بالعمر . والرقبى : أن يقول : أرفقتك هذه الدار ، أو هى لك حياتك ، على أنك إن مت قبل عادت إلى ، وإن مت قبلك فهى لك ولعقبك . فكأنه يقول : هى لآخرنا موتاً . وبذلك سُميت رقبى ؛ لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه . وكلاهما جائز ، فى قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن بعضهم أنها لا تصح ؛ لأن النبى ﷺ قال : « لا تغمروا ولا ترقبوا »^(١) . ولنا ، ما روى جابر ، قال : قال رسول الله ﷺ : « العمرى جائزة لأهلها ، والرقبى جائزة لأهلها » . رواه أبو داود ، والترمذى^(٢) . وقال : حديث حسن . فأما النهى ، فإنما ورد على سبيل الإغلام لهم إنكم إن أعمرتم أو أرفقتم يعد للمعمر والمترقب ، ولم يعد إليكم منه شيء . وسيأتى الحديث يدل عليه ، فإنه^(٣) قال : « فمن أعمر عمرى ، فهى لمن أعمرها حياً وميتاً وعقبه » . ولو أريد به حقيقة النهى ، لم يمنع ذلك صحتها ؛ فإن النهى إنما يمنع صحة ما يفيد المنهى عنه فائدة ، أما إذا كان صحة المنهى عنه ضرراً على تركه ، لم يمنع صحته ، كالطلاق فى زمن الحيض ، وصحة العمرى ضرراً على المعمر ،^(٤) فإن ملكه يزول^(٥) بغير عوض . إذا

١٨٠/٥ و

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب من قال فيه : ولعقبه ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦٤ . والنسائى ، فى : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين ... ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٣٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٤/٢ ، ٧٣ .

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرقبى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٣٦٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرقبى ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٠١/٦ . والنسائى ، فى : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر فى العمرى ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٣٢ ، وابن ماجه ، فى : باب الرقبى ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٢٩٧ ، ٣٠٣ .

(٣) فى م : « فإن » .

(٤ - ٥) فى الأصل : « فإنه يزول ملكه » .

تَبَتْ هَذَا ، فَإِنَّ الْعُمَرَى تَنْقُلُ الْمِلْكَ إِلَى الْمُعْمَرِ . وَبِهَذَا قَالَ جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ ، وَابْنُ عَمَرَ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ، وَشُرَيْحٌ ، وَمَجَاهِدٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ : الْعُمَرَى تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ ، لَا تَمْلِكُ بَهَارَةَ الْمُعْمَرِ بِحَالٍ ، وَيَكُونُ لِلْمُعْمَرِ السُّكْنَى ، فَإِذَا مَاتَ عَادَتْ إِلَى الْمُعْمَرِ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ وَلِعَقِبِهِ . كَانَ سُكْنَاهَا لَهُمْ ، فَإِذَا انْقَرَضُوا عَادَتْ إِلَى الْمُعْمَرِ . وَاجْتَنَحَا بِمَا رَوَى يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ ، قَالَ : سَمِعْتُ مَكْحُولًا يَقُولُ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ الْعُمَرَى ، مَا يَقُولُ النَّاسُ فِيهَا ؟ فَقَالَ الْقَاسِمُ : مَا أَدْرَكَتُ النَّاسَ إِلَّا عَلَى شُرُوطِهِمْ فِي أُمُورِهِمْ وَمَا أُعْطُوا . وَقَالَ إِبْرَاهِيمُ بْنُ إِسْحَاقَ الْحَرَبِيُّ ، عَنْ ابْنِ الْأَعْرَابِيِّ : لَمْ يَخْتَلِفِ الْعَرَبُ فِي الْعُمَرَى ، وَالرُّقْبَى ، وَالْإِفْقَارِ ^(٥) ، وَالْإِخْبَالِ ^(٦) ، وَالْمِنْحَةِ ^(٧) ، وَالْعَرِيَّةِ ، وَالْعَارِيَّةِ ، وَالسُّكْنَى ، وَالْإِطْرَاقِ ، أَنَّهَا عَلَى مِلْكٍ أَرَابِيهَا ، وَمَنَافِعُهَا لِمَنْ جُعِلَتْ لَهُ . وَلَأَنَّ التَّمْلِيكَ لَا يَتَأَقَّتْ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ إِلَى مُدَّةٍ ، فَإِذَا كَانَ لَا يَتَأَقَّتْ ، حُمِلَ قَوْلُهُ عَلَى تَمْلِيكِ الْمَنَافِعِ ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ تَوْقِيتُهُ . وَلَنَا ، مَا رَوَى جَابِرٌ قَالَ : قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أُمُورَكُمْ ، وَلَا تُفْسِدُوهَا ، فَإِنَّهُ مَنْ أَعْمَرَ عُمَرَى ، فَهِيَ لِلَّذِي أُعْمَرَهَا حَيًّا وَمَيِّتًا وَلِعَقِبِهِ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ^(٨) . وَفِي لَفْظٍ : قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالْعُمَرَى لِمَنْ وَهَبَتْ لَهُ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٩) .

(٥) الإفقار : أن يعطى الرجل الرجل دابته ، فيركبها ما أحب في سفر أو حضر ، ثم يردها عليه .

(٦) الإخبال : أن يعطى الرجل الرجل البعير أو الناقة ليركبها ، فيجتز وبراها ، وينتفع بها ، ثم يردها .

(٧) في الأصل : « المنحرة » . والمنحة : أى يمنح الرجل أخاه ناقة أو شاة ، فيحتلبها عاما أو أقل أو أكثر .

(٨) أخرجه مسلم ، في : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٦/٣ ، ١٢٤٧ . وأبو داود ،

في : باب في الرقبي ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٥/٢ . والنسائي ، في : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين

لجابر في العمرى ، من كتاب العمرى . المجتبى ٢٣١/٦ . وابن ماجه ، في : باب العمرى ، من كتاب

الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣١٢/٣ ، ٣٨٦ .

(٩) أخرجه البخارى ، في : باب ما قيل في العمرى ... ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٢١٦/٣ . ومسلم ،

في : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٦/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في العمرى ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٣/٢ . والنسائي ، في :

باب ذكر اختلاف يحيى بن أبي كثير ... ، من كتاب العمرى . المجتبى ٢٣٤/٦ . والإمام أحمد ، في : المسند

٣٩٣ ، ٣٠٤/٣ .

وَرَوَى ابْنُ مَاجَهَ^(١٠) ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا رُقْبَى ، فَمَنْ أَرْقَبَ شَيْئًا ، فَهُوَ لَهُ حَيَاتُهُ وَمَوْتُهُ » . وَعَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ الْعُمَرَى لِلْوَارِثِ^(١١) . وَقَدْ رَوَى مَالِكٌ حَدِيثَ الْعُمَرَى ، فِي « مُوطِئِهِ »^(١٢) ، وَهُوَ صَحِيحٌ رَوَاهُ جَابِرٌ ، وَابْنُ عُمَرَ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ^(١٣) ، وَمُعَاوِيَةُ ، وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، وَأَبُو هُرَيْرَةَ^(١٤) . وَقَوْلُ الْقَاسِمِ لَا يُقْبَلُ فِي مُخَالَفَةِ مَنْ سَمَّيْنَا مِنَ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ ، فَكَيْفَ يُقْبَلُ فِي مُخَالَفَةِ قَوْلِ^(١٥) سَيِّدِ الْمُرْسَلِينَ ، وَلَا يَصِحُّ أَنْ يُدْعَى لِجَمَاعٍ أَهْلُ الْمَدِينَةِ ، لِكَثْرَةِ مَنْ قَالَ بِهَا مِنْهُمْ ، وَقَضَى بِهَا طَارِقُ^(١٦) بِالْمَدِينَةِ بِأَمْرِ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ مَرْوَانَ . وَقَوْلُ ابْنِ الْأَعْرَابِيِّ : إِنَّهَا عِنْدَ الْعَرَبِ تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ . لَا يَضُرُّ إِذَا نَقَلَهَا الشَّرْعُ إِلَى تَمْلِكِ الرُّقْبَةِ ، كَمَا نَقَلَ الصَّلَاةَ مِنَ الدُّعَاءِ إِلَى الْأَفْعَالِ الْمَنْظُومَةِ ، وَنَقَلَ الظُّهَارَ وَالْإِبْلَاءَ مِنَ الطَّلَاقِ إِلَى أَحْكَامِ مَخْصُوصَةٍ . قَوْلُهُمْ : إِنْ / التَّمْلِكُ لَا يَتَأَقُّتُ . قُلْنَا : فَلِذَلِكَ أَبْطَلَ الشَّرْعُ تَأَقُّتَهَا ، وَجَعَلَهَا تَمْلِكًا مُطْلَقًا .

١٨٠/٥ ظ

(١٠) في : باب الرقبي ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣٤/٢ ، ٧٣ .

(١١) أخرجه النسائي ، في : باب ذكر الاختلاف على أبي الزبير ، من كتاب الرقبي ، ومن كتاب العمري . المجتبى ٢٢٨/٦ ، ٢٢٩ . وابن ماجه ، في : باب العمري ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٨٩/٥ .

(١٢) في : باب القضاء في العمري ، من كتاب الأفضية ، الموطأ ٧٥٦/٢ .

(١٣) أخرجه النسائي ، في : باب ذكر الاختلاف على أبي الزبير ، من كتاب الرقبي ، ومن كتاب العمري . المجتبى ٢٢٧/٦ ، ٢٢٩ .

(١٤) أخرجه البخاري ، في : باب ما قيل في العمري والرقبي ... ، من كتاب الهبة . صحيح البخاري ٢١٦/٣ . ومسلم ، في : باب العمري ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٨/٣ . وأبو داود ، في : باب في العمري ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٣/٢ . والنسائي ، في : باب ذكر اختلاف يحيى بن أبي كثير ... ، من كتاب العمري . المجتبى ٢٣٥/٦ .

(١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) هو طارق بن عمرو مولى عثمان . انظر أخبار القضاة لوكيع ١٢٤/١ .

فصل : إذا شَرَطَ في العُمَرَى أَنَّهَا لِلْمُعَمَّرِ وَعَقِبِهِ ، فهذا تَأْكِيدٌ لِحُكْمِهَا ، وتكون لِلْمُعَمَّرِ وَوَرَثَتِهِ . وهذا قول جَمِيعِ القَائِلِينَ بِهَا . وإذا أَطْلَقَهَا فَهِيَ لِلْمُعَمَّرِ وَوَرَثَتِهِ أيضا ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ لِلرَّقَبَةِ ، فَأَشْبَهَتِ الْهَبَةَ . فَإِنْ شَرَطَ أَنَّكَ إِذَا مِتُّ فَهِيَ لِي . فعن أَحْمَدَ رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، صِحَّةُ الْعَقْدِ وَالشَّرْطِ ، وَمَتَى مَاتَ الْمُعَمَّرُ رَجَعَتْ إِلَى الْمُعَمَّرِ . وَبِهِ قَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ ، وَزَيْدُ بْنُ قَسِيطٍ ^(١٧) ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَأَبُو سَلَمَةَ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، وَابْنُ أَبِي ذَنْبٍ ^(١٨) ، وَمَالِكٌ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَدَاوُدُ . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ؛ لِمَا رَوَى جَابِرٌ ، قَالَ : إِنَّمَا الْعُمَرَى الَّتِي أَجَازَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَقُولَ : هِيَ لَكَ وَلِعَقِبِكَ . فَأَمَّا إِذَا قَالَ : هِيَ لَكَ مَا عِشْتَ . فَإِنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى صَاحِبِهَا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١٩) . وَرَوَى مَالِكٌ ، فِي « مُوطِئِهِ » ^(٢٠) ، عَنْ جَابِرٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « أَيُّمَا رَجُلٍ أَعَمَّرَ عُمَرَى لَهُ ، وَلِعَقِبِهِ ، فَإِنَّهَا لِلَّذِي أُعْطِيَهَا ، لَا تَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أُعْطَاهَا » . لِأَنَّهُ أُعْطِيَ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ . وَقَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ : مَا أَذْرَكَتُ النَّاسَ إِلَّا عَلَى شُرُوطِهِمْ فِي أَمْوَالِهِمْ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، أَنَّهَا تَكُونُ لِلْمُعَمَّرِ وَلِوَرَثَتِهِ ، وَيَسْقُطُ الشَّرْطُ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ الْجَدِيدِ ، وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ ؛ لِلأَحَادِيثِ الْمُطْلَقَةِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا ، وَقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « لَا رُقْبَى ، فَمَنْ أَرْقَبَ شَيْئًا ، فَهُوَ لَهُ فِي حَيَاتِهِ وَمَوْتِهِ » . وَقَالَ

(١٧) فِي ١ ، م : « زَيْد » . وَانْظُرْ : الْإِكْلَال ٣٣٩/٧ .

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « ذُوَيْب » .

(١٩) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٤٦/٣ .

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَنْ قَالَ فِيهِ : وَلِعَقِبِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٦٤/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٩٤/٣ .

وَلَمْ نَجِدْهُ فِي الْبُخَارِيِّ : انْظُرِ الْإِرْوَاءَ ٥٥/٦ ، وَاللُّؤْلُؤَ وَالْمَرْجَانَ ١٨٦/٢ .

(٢٠) فِي : بَابِ الْقَضَاءِ فِي الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . الْمُوطَأُ ٧٥٦/٢ .

كَأَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ ، صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٤٥/٣ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَنْ قَالَ فِيهِ : وَلِعَقِبِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٦٤/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْعُمَرَى ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٩٩/٦ . وَالنَّبَايُ ، فِي : بَابِ ذِكْرِ الْاِخْتِلَافِ عَلَى الزُّهْرِيِّ فِيهِ ، مِنْ كِتَابِ الْعُمَرَى . الْمُجْتَبَى ٢٣٣/٦ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٦٠/٣ ، ٣٩٩ .

مجاهد: الرُقْبَى أن يقول هي لآخر مِنِّي ومِنكَ مَوْتًا . وَرَوَى الإمامُ أحمدُ^(٢١) ،
 بِإِسْنَادِهِ ، عن النبي ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا عُمَرَى ، وَلَا رُقْبَى ، فَمَنْ أُعْمِرَ شَيْئًا ، أَوْ
 أَرْقَبَهُ ، فَهُوَ لَهُ حَيَاتُهُ وَمَوْتُهُ » . وهذا صَرِيحٌ فِي إِبْطَالِ الشَّرْطِ ؛ لِأَنَّ الرُقْبَى يُشْتَرَطُ
 فِيهَا عَوْدُهَا إِلَى الْمُرْقَبِ إِنْ مَاتَ الْآخَرُ قَبْلَهُ . وَأَمَّا حَدِيثُهُمُ الَّذِي احْتَجَّوْا بِهِ ، فَمِنْ قَوْلِ
 جَابِرِ نَفْسِهِ ، وَأَمَّا نَقْلُ لَفْظِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ : « أُمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ ، وَلَا
 تُفْسِدُوهَا ، فَإِنَّهُ مَنْ أُعْمِرَ عُمَرَى فَهِيَ لِلَّذِي أُعْمِرَهَا ، حَيًّا وَمَيِّتًا ، وَلِعَقِبِهِ » . وَلَأَنَّا
 لَوْ أَجْزَأَنَا هَذَا الشَّرْطَ ، كَانَتْ هِبَةً مُؤَقَّتَةً ، وَالْهِبَةُ لَا يَجُوزُ فِيهَا التَّائِيثُ^(٢٢) ، وَلَمْ
 يُفْسِدْهَا الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ عَلَى الْمُعْمَرِ ، وَإِنَّمَا شَرْطُ ذَلِكَ عَلَى وَرَثَتِهِ ، وَمَتَى
 لَمْ يَكُنِ الشَّرْطُ مَعَ الْمَعْقُودِ مَعَهُ ، لَمْ يُؤْثَرْ فِيهِ . وَأَمَّا قَوْلُهُ فِي الْحَدِيثِ الْآخِرِ : إِنَّهُ
 أُعْطِيَ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ . / فَهَذِهِ الزِّيَادَةُ مِنْ كَلَامِ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ،
 كَذَلِكَ رَوَاهُ ابْنُ أَبِي ذُئْبٍ^(٢٣) ، وَفَصَّلَ هَذِهِ الزِّيَادَةَ فَقَالَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، إِنَّهُ قَضَى فِي
 مَنْ أُعْمِرَ عُمَرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ ، فَهِيَ لَهُ بَتْلَةٌ^(٢٤) ، لَا يَجُوزُ لِلْمُعْطَى فِيهَا شَرْطٌ وَلَا
 مَثْنَوِيَّةٌ^(٢٥) . قَالَ أَبُو سَلَمَةَ : لِأَنَّهُ أُعْطِيَ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ .

و ١٨١/٥

فصل : والرُقْبَى هي أن يقول : هذا لك عُمَرُكَ ، فَإِنْ مِتَّ قَبْلِي رَجَعْ إِلَيَّ ، وَإِنْ
 مِتَّ قَبْلَكَ فَهُوَ لَكَ . وَمَعْنَاهُ هِيَ لآخرنا مَوْتًا . وَكَذَلِكَ فَسَّرَهَا مجاهدٌ . سُمِّيَتْ رُقْبَى
 لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَرْقُبُ مَوْتَ صَاحِبِهِ . وَقَدَرُوا عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ قَالَ : هِيَ أَنْ يَقُولَ :
 هِيَ لَكَ حَيَاتُكَ ، فَإِذَا مِتَّ فَهِيَ لِفُلَانٍ ، أَوْ هِيَ رَاجِعَةٌ إِلَيَّ . وَالْحُكْمُ فِيهَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ

(٢١) في : المسند ٢/ ٣٤ ، ٧٣ .

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) في الأصل : « ذُؤِيب » .

وأخرج الحديث مسلم ، في : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ٣/ ١٢٤٦ . والنسائي ، في
 باب ذكر الاختلاف على الزهري فيه ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/ ٢٣٣ .

(٢٤) بتلة : مقطوعة .

(٢٥) المثنوية : الاستثناء .

ذِكْرُهُ ، وَأَنَّهَا كَالْعُمَرَى إِذَا شَرَطَ عَوْدَهَا إِلَى الْمُعْمَرِ . وَقَالَ عَلِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ :
 الْعُمَرَى وَالرُّقْبَى سَوَاءٌ . وَقَالَ طَاوُسٌ : مَنْ أُزْقِبَ شَيْئًا فَهُوَ عَلَى سَبِيلِ الْمِيرَاثِ . وَقَالَ
 الزُّهْرِيُّ : الرُّقْبَى وَصِيَّةٌ . يَعْنِي أَنَّ مَعْنَاهَا إِذَا مِتُّ فَهَذَا لَكَ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَمَالِكٌ ،
 وَأَبُو حَنِيفَةَ : الرُّقْبَى بَاطِلَةٌ ؛ لَمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَجَازَ الْعُمَرَى ، وَأَبْطَلَ
 الرُّقْبَى ^(٢٦) . وَلِأَنَّ مَعْنَاهَا أَنَّهَا لِلْآخِرِ مِنَّا ، وَهَذَا تَمْلِيكٌ مُعَلَّقٌ بِخَطَرٍ ، وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيقُ
 التَّمْلِيكِ بِالْخَطَرِ . وَلَنَا ، مَا رَوَيْنَاهُ مِنَ الْأَخْبَارِ ، وَحَدِيثُهُمْ لَا نَعْرِفُهُ ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ
 مَعْنَاهَا مَا ذَكَرُوهُ ، بَلْ مَعْنَاهَا أَنَّهَا لَكَ حَيَاتِكَ ، فَإِنْ مِتُّ رَجَعْتُ إِلَيَّ . فَتَكُونُ كَالْعُمَرَى
 سَوَاءً ، إِلَّا أَنَّهُ زَادَ شَرَطُهَا لَوَرَزَةِ الْمُرْقَبِ ، إِنْ مَاتَ الْمُرْقَبُ قَبْلَهُ ، وَهَذَا يُبَيِّنُ تَأْكِيدَهَا
 عَلَى الْعُمَرَى .

فصل : وَتَصِحُّ الْعُمَرَى فِي غَيْرِ الْعَقَارِ ، مِنَ الْحَيَوَانِ ، وَالتَّبَاتِ ^(٢٧) ؛ لِأَنَّهَا تَوْعُ
هِيَّةٌ ، فَصَحَّتْ فِي ذَلِكَ ، كَسَائِرِ الْهَبَاتِ . وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ فِي الرَّجُلِ يُعْمَرُ الْجَارِيَّةُ :
 فَلَا أَرَى لَهُ وَطْأَهَا . قَالَ الْقَاضِي : لَمْ يَتَوَقَّفْ أَحْمَدُ عَنْ وَطْءِ الْجَارِيَّةِ لِعَدَمِ الْمِلْكِ فِيهَا ،
 لَكِنْ عَلَى طَرِيقِ الْوَرَعِ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ اسْتِبَاحَةٌ فَرَجٌ ، وَقَدْ اخْتَلَفَ فِي صِحَّةِ الْعُمَرَى ،
 وَجَعَلَهَا بَعْضُهُمْ تَمْلِيكًا الْمَنَافِعِ ، فَلَمْ يَرَّ لَهُ وَطْأَهَا لِهَذَا ، وَلَوْ وَطْئَهَا كَانَ جَائِزًا .

(٢٦) حديث إجازة العمرى ، أخرجه البخارى ، فى : باب ما قيل فى العمرى ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى
 ٢١٦/٣ . ومسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٨/٣ . وأبو داود ، فى : باب
 فى العمرى ، وباب من قال فيه : ولعقبه ، وباب فى الرقبى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦٣ ، ٢٦٤ ،
 ٢٦٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى العمرى ، وباب ما جاء فى الرقبى ، من أبواب الأحكام . عارضة الأهودى
 ٩٩/٦ ، ١٠٠ ، ١٠١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٢٥٠ ، ٣٤٧ ، ٤٢٩ ، ٤٦٨ ، ٤٨٩ ، ٢٩٧/٣ ،
 ٣٠٣ ، ٣١٩ ، ٣٦١ ، ٣٦٤ ، ٣٩٢ .

وحديث النهى عن الرقبى . أخرجه النسائى ، فى : باب الاختلاف على أبى الزبير ، من كتاب الرقبى . المجتبى
 ٢٢٧/٦ . وابن ماجه ، فى : باب الرقبى ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٦ . والإمام أحمد ، فى :
 المسند ٢/٢٦ ، ٣٤ ، ٧٣ ، ١٨٩/٥ .
 (٢٧) فى م : « والثياب » .

فصل : وإن وَقَّتْ هِبَةً إِلَى غَيْرِ الْعُمَرَى وَالرَّقَبَى ، فَقَالَ : وَهَبْتُكَ هَذَا لِسَنَةٍ ، أَوْ إِلَى أَنْ يَقْدَمَ الْحَاجُّ ، أَوْ إِلَى أَنْ يُلْعَ وَلَدِي ، أَوْ مُدَّةَ حَيَاةِ فُلَانٍ . وَنَحْوُ هَذَا ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ لِلرَّقَبَةِ ، فَلَمْ تَصِحَّ مُوقَّتَةً ، كَالْبَيْعِ ، وَتَفَارِقُ الْعُمَرَى وَالرَّقَبَى ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ إِنَّمَا يَمْلِكُ الشَّيْءَ عُمَرَهُ ، فَإِذَا مَلَكَهُ عُمَرُهُ فَقَدْ وَقَّتَهُ بِمَا هُوَ مُوقَّتٌ بِهِ فِي الْحَقِيقَةِ ، فَصَارَ ذَلِكَ كَالْمُطْلَقِ . وَإِنْ شَرَطَ رُجُوعَهَا إِلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ ، كَانَ شَرْطًا عَلَى غَيْرِ الْمَوْهُوبِ / لَهُ ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ .

١٨١/٥ ظ

٩٣٨ - مسألة ؛ قَالَ : (وَإِنْ قَالَ : سَكُنَا هَذَا لَكَ عُمَرُكَ . كَانَ لَهُ اخْتِذَاهَا أَيْ وَقْتُ أَحَبَّ ؛ لِأَنَّ السُّكْنَى لَيْسَتْ كَالْعُمَرَى وَالرَّقَبَى)

أَمَّا إِذَا قَالَ : سَكُنِي هَذِهِ الدَّارُ لَكَ عُمَرُكَ ، أَوْ اسْكُنْهَا^(١) عُمَرُكَ . أَوْ نَحْوُ ذَلِكَ ، فَلَيْسَ ذَلِكَ بِعَقْدٍ لَازِمٍ ؛ لِأَنَّهُ فِي التَّحْقِيقِ هِبَةٌ الْمَنَافِعِ ، وَالْمَنَافِعُ إِنَّمَا تُسْتَوْفَى بِمُضِيِّ الزَّمَانِ شَيْئًا فَشَيْئًا ، فَلَا تَلْزَمُ إِلَّا فِي قَدَرٍ مَا قَبَضَهُ مِنْهَا وَاسْتَوْفَاهُ بِالسُّكْنَى . وَلِلْمُسْكِنِ الرُّجُوعُ مَتَى شَاءَ ، وَأَيُّهُمَا مَاتَ بَطَلَتْ الْإِبَاحَةُ . وَبِهَذَا قَالَ أَكْثَرُ الْعُلَمَاءِ ، وَجَمَاعَةُ أَهْلِ الْفَتَوَى ، مِنْهُمْ ؛ الشَّعْبِيُّ ، وَالنَّحْعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ حَفْصَةَ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَقَتَادَةُ : هِيَ كَالْعُمَرَى ، تَكُونُ لَهُ وَلِعَقْبِهِ ؛ لِأَنَّهَا فِي مَعْنَى الْعُمَرَى ، فَيُثَبِّتُ فِيهَا مِثْلَ حُكْمِهَا . وَحُكِيَ عَنِ الشَّعْبِيِّ أَنَّهُ إِذَا قَالَ : هِيَ لَكَ ، اسْكُنْ حَتَّى تَمُوتَ . فَهِيَ لَهُ حَيَاتُهُ وَمَوْتُهُ . وَإِنْ قَالَ : دَارِي هَذِهِ اسْكُنْهَا حَتَّى تَمُوتَ . فَإِنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى صَاحِبِهَا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قَالَ : هِيَ لَكَ . فَقَدْ جَعَلَ لَهُ رَقَبَتَهَا ، فَتَكُونُ عُمَرَى . فَإِذَا قَالَ : اسْكُنْ دَارِي هَذِهِ . فَإِنَّمَا جَعَلَ لَهُ نَفْعَهَا دُونَ رَقَبَتِهَا ، فَتَكُونُ عَارِيَّةً . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا إِبَاحَةُ الْمَنَافِعِ ، فَلَمْ يَقَعْ لَازِمًا كَالْعَارِيَّةِ . وَفَارَقَ الْعُمَرَى فَإِنَّهَا هِبَةٌ لِلرَّقَبَةِ . فَأَمَّا إِذَا قَالَ : هَذِهِ لَكَ ، اسْكُنْهَا حَتَّى تَمُوتَ . فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ^(٢) لَكَ سَكُنَاهَا حَتَّى تَمُوتَ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « اسْكُنْهَا » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « يَحْصُلُ » .

وَتَفْسِيرُهَا بِذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ السُّكْنَى ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : هَذِهِ لَكَ سُكْنَاهَا . وَإِذَا احْتَمَلَ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الرِّقَبَةَ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ يُرِيدَ السُّكْنَى ، فَلَا تُزِيلُ مِلْكَهُ بِالِاحْتِمَالِ .

فصل : إِذَا وَهَبَ هِبَةً فَاسِدَةً ، أَوْ بَاعَ بَيْعًا فَاسِدًا ، ثُمَّ وَهَبَ تِلْكَ الْعَيْنَ ، أَوْ بَاعَهَا بِعَقْدٍ صَحِيحٍ ، مَعَ عِلْمِهِ بِفَسَادِ الْأَوَّلِ ، صَحَّ الْعَقْدُ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مِلْكِهِ ، عَالِمًا بِأَنَّهُ مِلْكُهُ . وَإِنْ كَانَ يَعْتَقِدُ صِحَّةَ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، فَفِي صِحَّةِ الثَّانِي وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، صَحَّتْهُ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ صَادَفَ مِلْكَهُ ، وَتَمَّ بِشُرُوطِهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ عَلِمَ فُسَادَ الْأَوَّلِ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ تَصَرُّفًا يَعْتَقِدُ فُسَادَهُ ، فَفَسَدَ ^(٣) ، كَمَا لَوْ صَلَّى يَعْتَقِدُ أَنَّهُ مُحَدِّثٌ ، فَبَانَ مُتَطَهِّرًا . وَهَكَذَا لَوْ تَصَرَّفَ فِي عَيْنٍ يَعْتَقِدُ أَنَّهَا لِأَيِّهِ ، فَبَانَ أَنَّهُ قَدْ مَاتَ وَمَلَكَهَا بِالْمِيرَاثِ ، أَوْ غَضَبَ عَيْنَهَا فَبَاعَهَا يَعْتَقِدُهَا مَغْصُوبَةً ، فَبَانَ أَنَّهَا مِلْكُهُ ، فَعَلَى الْوَجْهَيْنِ . قَالَ الْقَاضِي : أَصْلُ الْوَجْهَيْنِ مَنْ بَاشَرَ امْرَأَةً بِطَّلَاقٍ يَعْتَقِدُهَا أَجْنَبِيَّةً ، فَبَانَتْ امْرَأَتُهُ ، أَوْ وَاجَهَ بِالْعِتْقِ مَنْ / يَعْتَقِدُهَا حُرَّةً ، فَبَانَتْ أَمَتُهُ ، فَفِي وَقُوعِ الطَّلَاقِ وَالْحُرِّيَّةِ رَوَايَتَانِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ وَجْهَانِ ، كَمَا حَكَيْنَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٣) فِي النِّسْخِ : « فَفَسَدَهُ » .

كتاب اللقطة

وهي المال الضائع من ربه ، يلتقطه غيره . قال الخليل بن أحمد : اللقطة ، بفتح القاف : اسم للملتقط ؛ لأن ما جاء على فعلة ، فهو اسم للفاعل ، كقولهم : همزة ولهمزة وضحكة وهزاة . واللقطة ، بسكون القاف : المال الملقوط ، مثل الضحكة الذي يضحك منه ، والهزاة الذي يهزأ به . وقال الأصمعي ، وابن الأعرابي ، والفراء : هي بفتح القاف ، اسم للمال الملقوط أيضا . والأصل في اللقطة ما روى زيد بن خالد الجهني قال : سئل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب والورق ، فقال : « اعرف وكاءها ، وعفاصها ، ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف فاستنفقها ، ولتكن وديعة عندك ، فإن جاء طالبها يوما من الدهر ، فاذفعها إليه » . وسأله عن ضالة الإبل ، فقال : « مالك ولها ، دعها ، فإن معها جذاؤها وسقاها ، ترد الماء ^(١) ، وتأكل الشجر ، حتى يجدها ربها » . وسأله عن الشاة ، فقال : « خذها ، فإثمها هي لك ، أو لأخيك ، أو للذئب » . متفق عليه ^(٢) . والوكاء : الحيط الذي يشد به المال في الخرق . والعفاص : الوعاء الذي هي فيه ، من خرق أو قرطاس أو غيره . قاله

(١) في م : « المال » خطأ .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب الغضب في الموعظة والتعليم ... ، من كتاب العلم ، وفي : باب شرب الناس والدواب من الأنهار ، من كتاب المساقاة ، وفي : باب ضالة الإبل ، وباب ضالة الغنم ، وباب إذا لم يوجد صاحب اللقطة ... ، وباب إذا جاء صاحب اللقطة ... ، وباب من عرف اللقطة ولم يدفعها ... من كتاب اللقطة ، وفي : باب ما يجوز من الغضب والشدّة ... ، من كتاب الأدب . صحيح البخاري ١/٣٤ ، ١٤٩/٣ ، ١٦٣ ، ١٦٥ ، ١٦٦ ، ٣٤/٨ . ومسلم ، في : كتاب اللقطة . صحيح مسلم ٣/١٣٤٧ ، ١٣٤٨ ، ١٣٤٩ . كما أخرجه أبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ١/٣٩٥ ، ٣٩٦ . والترمذي ، في : باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ٦/١٣٦ . وابن ماجه ، في : باب ضالة الإبل والبق والغنم ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٢/٨٣٧ ، ٨٣٨ . والإمام مالك ، في : باب القضاء في اللقطة ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧٥٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/١١٥ ، ١١٦ ، ١١٧ .

أَبُو عُبَيْدٍ . وَالْأَصْلُ فِي الْعِفَاصِ أَنَّهُ الْجِلْدُ الَّذِي يُلْبَسُهُ رَأْسُ الْقَارُورَةِ . قَوْلُهُ : « مَعَهَا حِذَاءُهَا » . يَعْنِي خُفَّهَا ، فَإِنَّهُ لِقُوَّتِهِ وَصَلَاتِيهِ يَجْرِي مَجْرَى الْحِذَاءِ . وَسَقَاؤُهَا : بَطْنُهَا ؛ لِأَنَّهَا تَأْخُذُ فِيهِ مَاءً كَثِيرًا ، فَيَبْقَى مَعَهَا يَمْنَعُهَا الْعَطَشَ . وَالضَّالَّةُ : اسْمٌ لِلْحَيَوَانِ (٣) خَاصَّةً ، دُونَ سَائِرِ اللَّقَطَةِ ، وَالْجَمْعُ ضَوَالٌ ، وَيُقَالُ لَهَا أَيْضًا : الْهَوَامِيُّ وَالْهَوَافِيُّ وَالْهَوَامِلُ .

فصل : قَالَ إِمَامُنَا ، رَحِمَهُ اللَّهُ : الْأَفْضَلُ تَرْكُ الْإِلْتِقَاطِ . وَرُويَ مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَابْنِ عُمرَ . وَبِهِ قَالَ جَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَالرَّبِيعُ بْنُ خُثَيْمٍ (٤) ، وَعَطَاءٌ . وَمَرَّ شَرِيحُ بَدْرِهِمْ ، فَلَمْ يَغْرِضْ لَهُ . وَاخْتَارَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّهُ (٥) إِذَا وَجَدَهَا بِمَضْيِعَةٍ ، وَأَمِنَ نَفْسَهُ عَلَيْهَا ، فَلَا أَفْضَلَ أَخْذُهَا . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَحُكِيَ عَنْهُ قَوْلُ آخَرَ ، أَنَّهُ يَجِبُ أَخْذُهَا ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى / : ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ (٦) . فَإِذَا كَانَ وَلِيُّهُ ، وَجَبَ عَلَيْهِ حِفْظُ مَالِهِ . وَمِمَّنْ رَأَى أَخْذَهَا سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَأَخْذُهَا أُبَيُّ بْنُ كَعْبٍ ، وَسُوَيْدُ بْنُ غَفَلَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ كَانَ شَيْعَالُهُ بَالًا ، يَأْخُذُهَا أَحَبُّ إِلَيْهِ ، وَيُعَرِّفُهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ حِفْظَ مَالِ الْمُسْلِمِ عَلَيْهِ ، فَكَانَ أَوْلَى مِنْ تَضْيِيعِهِ ، وَتَحْلِيلِهِ مِنَ الْعَرَقِ . وَلَنَا ، قَوْلُ ابْنِ عُمرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَلَا نَعْرِفُ لهما مُخَالَفًا فِي الصَّحَابَةِ ، وَلِأَنَّهُ تَغْرِيضٌ لِنَفْسِهِ لِأَكْلِ الْحَرَامِ ، وَتَضْيِيعُ الْوَاجِبِ مِنْ تَغْرِيفِهَا ، وَأَدَاءِ الْأَمَانَةِ فِيهَا ، فَكَانَ تَرْكُهُ أَوْلَى وَأَسْلَمَ ، كَوَلَايَةِ مَالِ الْيَتِيمِ ، وَتَحْلِيلِ الْحَمْرِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ يَبْتَطِلُ بِالضُّوَالِ ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَخْذُهَا مَعَ مَا ذَكَرُوهُ ، وَكَذَلِكَ وَلَايَةُ مَالِ الْإِيْتَامِ .

(٣) فِي م : « الْحَيَوَان » .

(٤) فِي النسخ : « خُثَيْم » . وَهُوَ الرَّبِيعُ بْنُ خُثَيْمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الثَّوْرِيُّ الْكُوفِيُّ ، تَوَفَّى بَعْدَ قَتْلِ الْحُسَيْنِ سَنَةَ ثَلَاثٍ وَسِتِّينَ .

تَهْذِيبُ التَّهْذِيبِ ٢٤٢/٣ .

(٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٦) سُورَةُ التَّوْبَةِ ٧١ .

٩٣٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ وَجَدَ لَقْطَةً ، عَرَفَهَا سَنَةً فِي الْأَسْوَاقِ ، وَأَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّ فِي التَّعْرِيفِ سِتَّةَ فُصُولٍ ؛ فِي وُجُوبِهِ ، وَقَدْرِهِ ، وَزَمَانِهِ ، وَمَكَانِهِ ، وَكَيْفِيَّتِهِ ، وَمَنْ يَتَوَلَّاهُ . أَمَّا وَجُوبُهُ ، فَإِنَّهُ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ مُلْتَقِطٍ ، سَوَاءً أَرَادَ تَمْلُكَهَا أَوْ حِفْظَهَا لِصَاحِبِهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا تَجِبُ عَلَى مَنْ أَرَادَ حِفْظَهَا لِصَاحِبِهَا . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِهِ زَيْدُ بْنُ خَالِدٍ ^(١) ، وَأَبِيٌّ بْنُ كَعْبٍ ^(٢) ، وَلَمْ يُفَرِّقْ ، وَلَأنَّ حِفْظَهَا لِصَاحِبِهَا إِنَّمَا يُقَيَّدُ بِإِصَالِهَا إِلَيْهِ . وَطَرِيقُهُ التَّعْرِيفُ ^(٣) ، أَمَّا بَقَاؤُهَا فِي يَدِ الْمُلتَقِطِ مِنْ غَيْرِ وُصُولِهَا إِلَى صَاحِبِهَا ، فَهُوَ وَهْلُهَا سَيِّئَانِ ، وَلَأنَّ إِمْسَاكَهَا مِنْ غَيْرِ تَعْرِيفٍ ، تَضْيِيعٌ لَهَا عَنْ صَاحِبِهَا ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَرَدُّهَا إِلَى مَوْضِعِهَا ، أَوْ إِلْقَائِهَا فِي غَيْرِهِ ، وَلَأنَّهُ لَوْ لَمْ يَجِبِ التَّعْرِيفُ ، لَمَا جَازَ الْإِتِّقَاطُ ؛ لِأنَّ بَقَاءَهَا فِي مَكَانِهَا إِذَا أَقْرَبُ إِلَى وُصُولِهَا إِلَى صَاحِبِهَا ، إِمَّا بَأَن يَطْلُبَهَا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي ضَاعَتْ فِيهِ فَيَجِدَهَا ، وَإِمَّا بَأَن يَجِدَهَا مَنْ يَعْرِفُهَا ، وَأَخَذَ هَذَا ^(٤) لَهَا يُقَوِّتُ الْأَمْرَيْنِ ، فَيَحْرُمُ ، فَلَمَّا جَازَ الْإِتِّقَاطُ وَجَبَ التَّعْرِيفُ ، كَيْلَا يَحْصُلَ هَذَا الضَّرَرُ . وَلَأنَّ التَّعْرِيفَ وَاجِبٌ عَلَى مَنْ أَرَادَ تَمْلُكَهَا ، فَكَذَلِكَ عَلَى مَنْ أَرَادَ حِفْظَهَا ، فَإِنَّ التَّمْلُكَ ^(٥) غَيْرُ وَاجِبٍ ، فَلَا تَجِبُ الْوَسِيلَةُ إِلَيْهِ ، فَيَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ الْوُجُوبُ فِي الْمَحَلِّ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ ، لِصَيَّانَتِهَا عَنِ الضَّيَاعِ عَنْ صَاحِبِهَا ، وَهَذَا مَوْجُودٌ فِي مَحَلِّ التَّرَاعُ .

(١) تقدم تخريج حديثه في صفحة ٢٩٠ .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب وإذا أخبر رب اللقطة بالعلامة دفع إليه ، وباب هل يأخذ اللقطة ولا يدعها تضيع ... من كتاب اللقطة . صحيح البخاري ١٦٢/٣ ، ١٦٦ . ومسلم ، في : كتاب اللقطة . صحيح مسلم ١٣٥٠/٣ ، ١٣٥١ . وأبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٥/١ . والترمذي ، في : باب ماجاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٤١/٦ . وابن ماجه ، في : باب اللقطة ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٨/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٢٦/٥ ، ١٢٧ ، ١٤٣ .

(٣) في م : « العريف » .

(٤) في ١ ، ب ، م : « وأخذه » .

(٥) في م : « التملك » .

/ الفصل الثاني : في قَدْرِ التَّعْرِيفِ ، وذلك سَنَةً . رَوَى ذلك عن عَمَرَ ، وعلى* ، ١٨٣/٥ و
وابن عَبَّاسٍ . وبه قال ابنُ المُسَيَّبِ ، والشَّعْبِيُّ ، ومَالِكٌ ، والشَّافِعِيُّ ، وأَصْحَابُ
الرَّأْيِ . وَرَوَى عن عَمَرَ ، رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ يُعَرِّفُهَا ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ . وعنه ثَلَاثَةُ أَغْوَامٍ ؛
لأنَّ أَبِي بَن كَعْبٍ رَوَى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَهُ بِتَعْرِيفِ مِائَةِ الدِّينَارِ ثَلَاثَةَ أَغْوَامٍ . وقال
أَبُو أَيُّوبَ الهَاشِمِيُّ : ما دونَ الْخَمْسِينَ دِرْهَمًا يُعَرِّفُهَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ . إلى سَبْعَةِ أَيَّامٍ . وقال
الْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ : ما دونَ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ يُعَرِّفُهَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ . وقال الثَّوْرِيُّ في
الدَّرْهَمِ : يُعَرِّفُهُ أَرْبَعَةُ أَيَّامٍ . وقال إِسْحَاقُ : ما دونَ الدِّينَارِ يُعَرِّفُهُ جُمُوعَةٌ أو نَحْوُهَا .
وَرَوَى أَبُو إِسْحَاقَ الْجَوْزْجَانِيُّ ، بِإِسْنَادِهِ ، عن يَعْلَى بْنِ أُمَيَّةَ ، قال : قال رسولُ اللَّهِ
ﷺ : « مَنْ انْتَقَطَ دِرْهَمًا ، أو حَبْلًا ، أو شَيْئًا ذَلِك ، فَلْيُعَرِّفْهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، فَإِنْ كَانَ
فَوْقَ ذَلِك ، فَلْيُعَرِّفْهُ سَبْعَةَ أَيَّامٍ » (٦) . ولنا : حَدِيثُ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الصَّحَّاحِ ؛ فَإِنَّ
النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَهُ بِعَامٍ وَاحِدٍ ، ولأنَّ السَّنَةَ لَا تَتَأَخَّرُ عَنْهَا الْقَوَائِلُ ، وَيَمْضِي فِيهَا الزَّمَانُ
الَّذِي تُقْصَدُ فِيهِ الْبِلَادُ ، من الْحَرِّ وَالْبَرْدِ وَالْإِعْتِدَالِ ، فَصَلَحَتْ قَدْرًا كَمَلَّةٍ أَجَلِ
الْعَيْنِ (٧) . وَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي* ، فَقَدْ قَالَ الرَّاوِي : لَا أَذْرى ثَلَاثَةَ أَغْوَامٍ أو عَامٍ وَاحِدٍ .
قال أَبُو دَاوُدَ : شَكَّ الرَّاوِي فِي ذَلِك . وَحَدِيثُ يَعْلَى لَمْ يَقُلْ بِهِ قَائِلٌ عَلَى وَجْهِهِ ،
وَحَدِيثُ زَيْدٍ وَأَبِي أَصْحَحُ مِنْهُ وَأَوَّلَى . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَجِبُ أَنْ تَكُونَ هَذِهِ السَّنَةُ
تَلِيَّ الْإِلْتِقَاطِ ، وَتَكُونَ مُتَوَالِيَةً فِي نَفْسِهَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِتَعْرِيفِهَا حِينَ سُئِلَ عَنْهَا ،
وَالْأَمْرُ يَقْتَضِي الْفَوْرَ ، وَلأنَّ الْقَصْدَ بِالتَّعْرِيفِ وَصُولُ الْخَبَرِ إِلَى صَاحِبِهَا ، وَذَلِكَ
يَحْصُلُ بِالتَّعْرِيفِ عَقِيبَ ضِيَاعِهَا مُتَوَالِيًا ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهَا فِي الْغَالِبِ إِنَّمَا يَتَوَقَّعُهَا وَيَطْلُبُهَا
عَقِيبَ ضِيَاعِهَا ، فَيَجِبُ تَخْصِيصُ التَّعْرِيفِ بِهِ .

(٦) انظر : ما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٧٣/٤ . والبيهقي ، في : باب ما جاء في قليل اللقطة ، من كتاب
اللقطة . السنن الكبرى ١٩٥/٦ . والهيثمى ، في : باب اللقطة ، من كتاب البيوع . مجمع الزوائد ١٦٩/٤ .
وابن حجر ، في مجمع الزوائد ٧٤/٣ . وكل ذلك عن يعلى بن مرة ، وليس يعلى بن أمية .
(٧) في م : « العين » .

الفصل الثالث : في زَمَانِهِ ، وهو النَّهَارُ دون اللَّيْلِ ؛ لِأَنَّ النَّهَارَ مَجْمَعُ النَّاسِ وَمُلْتَقَاهُمْ دون اللَّيْلِ ، ويكونُ ذلك في اليَوْمِ الذي وَجَدَهَا ، والأُسْبُوعُ أَكْثَرُ ؛ لِأَنَّ الطَّلَبَ فِيهِ أَكْثَرُ ، ولا يَجِبُ فيما بعد ذلك مُتَوَالِيًا . وقد رَوَى الْجَوْزْجَانِيُّ بِإِسْنَادِهِ ،
 ط ١٨٣/٥ عن مُعَاوِيَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ زَيْدِ الْجُهَنِيِّ ، قال : نَزَّلْنَا مُنَاخَ رَكْبٍ ، فَوَجَدْتُ / خِرْقَةً فِيهَا قَرِيبٌ مِنْ مِائَةِ دِينَارٍ ، فَجِئْتُ بِهَا إِلَى عُمَرَ ، فقال : عَرَفْنَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ عَلَى بَابِ الْمَسْجِدِ ، ثُمَّ أَمْسِكُهَا حَتَّى قَرْنَ السَّنَةِ ، وَلَا يَفِدُ مِنْ رَكْبٍ إِلَّا نَشَدْتُهَا ، وَقُلْتُ : الذَّهَبُ بِطَرِيقِ الشَّامِ . ثُمَّ شَأْنُكَ بِهَا^(٨) .

الفصل الرابع : في مَكَانِهِ ، وهو الْأَسْوَاقُ ، وَأَبْوَابُ الْمَسَاجِدِ وَالْجَوَامِعِ ، فِي الْوَقْتِ الذي يَجْتَمِعُونَ فِيهِ ، كَأَذْبَارِ الصَّلَوَاتِ فِي الْمَسَاجِدِ ، وَكَذَلِكَ فِي مَجَامِعِ النَّاسِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ إِشَاعَةَ ذِكْرِهَا ، وَإِظْهَارَهَا ، لِيُظْهَرَ عَلَيْهَا صَاحِبُهَا ، فَيَجِبُ تَحَرُّيَ مَجَامِعِ النَّاسِ ، وَلَا يُنْشِدُهَا فِي الْمَسْجِدِ ؛ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ لَمْ يَتَّيْنْ لِهَذَا . وَقَدْ رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ سَمِعَ رَجُلًا يُنْشِدُ ضَاَلَةً فِي الْمَسْجِدِ ، فَلْيَقُلْ : لَا رَدَّهَا اللَّهُ إِلَيْكَ ، فَإِنَّ الْمَسَاجِدَ لَمْ يَتَّيْنْ لِهَذَا »^(٩) . وَأَمَرَ عُمَرُ وَاجِدَ اللَّقْطَةِ بِتَعْرِيفِهَا^(١٠) عَلَى بَابِ الْمَسْجِدِ .

(٨) أخرجه الإمام مالك ، في : باب القضاء في اللقطة ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢/٧٥٧ ، ٧٥٨ . وليس فيه لفظ : « عرفها ثلاثة أيام » . والبيهقي ، في : باب تعريف اللقطة ومعرفتها والإشهاد عليها ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ١٩٣/٦ .

(٩) أخرجه مسلم ، في : باب النبي عن نشد الضالة ... ، من كتاب المساجد . صحيح مسلم ١/٣٩٧ . وأبو داود ، في : باب كراهية إنشاد الضالة في المسجد ، من كتاب الصلاة . سنن أبي داود ١/١١١ . والترمذي ، في : باب النبي عن البيع في المسجد ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٦/٦١ ، وابن ماجه ، في : باب النبي عن إنشاد الضوال في المسجد ، من كتاب المساجد . سنن ابن ماجه ١/٢٥٢ . والدارمي ، في : باب النبي عن استنشاد الضالة في المسجد ، من كتاب الصلاة . سنن الدارمي ١/٣٢٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/٤٢٠ ، ٣٤٩/٢ .

(١٠) في م : « تعريفها » .

الفصل الخامس : فيمن يتولاه ، وللملتقط أن يتولى ذلك بنفسه ، وله أن يستنيب فيه ، فإن وجد متبرعاً بذلك ، وإلا إن احتاج إلى أجر ، فهو على الملتقط . وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي . واختار أبو الخطاب ، أنه إن قصد الحفظ لصاحبها دون تملكها ، رجع بالأجر على مالِكها . وكذلك قال ابن عقيل ، فيما لا يملك بالتعريف ؛ لأنه من مؤنة إيصالها إلى صاحبها ، فكان على مالِكها ، كأجر مخزنها ورعيها وتجفيفها . ولنا ، أن هذا أجر واجب على المعرف ، فكان عليه ، كما لو قصد تملكها ، ولأنه لو وليه بنفسه ، لم يكن له أجر على صاحبها ، فكذلك إذا استأجر عليه لا يلزم صاحبها شيء ، ولأنه سبب لتملكها^(١١) ، فكان على الملتقط ، كما لو قصد تملكها . وقال مالك : إن أعطى منها شيئاً لمن عرفها ، فلا غرم عليه ، كما لو دفع منها شيئاً لمن حفظها^(١٢) . وقد ذكرنا الدليل على ذلك .

الفصل السادس : في كيفية التعريف ، وهو أن يذكر جنسها^(١٣) (لا غير^(١٤)) ، فيقول : من ضاع منه ذهب أو فضة أو دنانير أو ثياب . ونحو ذلك ؛ لقول عمر ، رضي الله عنه ، لو وجد الذهب : [قل : الذهب] بطريق الشام . ولا يصفها ؛ لأنه لو وصفها لعلم صفتها من سماعها ، فلا تبقى صفتها دليلاً على ملكها ، لمشاركة غير المالك في ذلك ، ولأنه لا يأمّن أن يدعيها بعض من سمع / صفتها^(١٥) ، ويذكر صفتها التي يجب دفعها بها ، فيأخذها وهو لا يملكها ، فتضيع على مالِكها .

فصل : لم يفرق الخرقى بين يسير اللقطة وكثيرها . وهو ظاهر المذهب ، إلا في اليسير الذي لا تتبعه النفس ، كالتمرّة والكسرة والخرقّة ، وما لا خطر له ، فإنه لا بأس بأخذه والاتّفاع به من غير تعريف ؛ لأن النبي ﷺ لم ينكر على واجد التمرّة

(١١) في م : « لملكها » .

(١٢) في م : « جففها » .

(١٣ - ١٤) سقط من : الأصل .

(١٤) في م زيادة : « من سمع » .

حيث أكلها ، بل قال له : « لَوْلَمْ تَأْتِهَا لِأَتْنِكَ » ^(١٥) . ورأى النبي ﷺ ثمرة فقال : « لَوْلَا أَنِّي أَخَشَى أَنْ تَكُونَ مِنَ الصَّدَقَةِ ، لَأَكَلْتُهَا » ^(١٦) . ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم في إباحة أخذ اليسير والانتفاع به ^(١٧) ، وقد روى ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن عمر ، وعائشة ، وبه قال عطاء ، وجابر بن زيد ، وطاوس ، والنخعي ، ويحيى ابن أبي كثير ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وليس عن أحمد وأكثر من ذكرنا تحديد اليسير الذي يُباح . وقال مالك ، وأبو حنيفة : لا يجب تعريف ما لا يقطع به السارق ، وهو رُبْع دينار عند مالك ، وعَشْرَةُ دَرَاهِمَ عند أبي حنيفة ؛ لأن ما دون ذلك تافه ، فلا يجب تعريفه ، كالكَسْرَةِ وَالتَّمْرَةِ ، والدليل على أنه تافه قول عائشة ، رضي الله عنها : كانوا لا يقطعون في الشيء التافه . وروى عن علي ، رضي الله عنه ، أنه وجد ديناراً فتصرف فيه ^(١٨) . وروى الجوزجاني ، عن سلمى بنت كعب ، قالت : وجدت خاتماً من ذهب ، في طريق مكة ، فسألت عائشة عنه ، فقالت : ثمعني به ^(١٩) . وروى أبو داود ^(٢٠) ، بإسناده عن جابر ، قال : رخص لنا رسول الله ﷺ في العصا والسوط والحبل وأشباهه ، يلتقطه الرجل ينتفع به . والحبل قد يكون قيمته دَرَاهِمَ . وعن ابن ماجه ^(٢١) بإسناده ، عن سويد بن غفلة ، قال : خرجت مع سلمان بن ربيعة ، وزيد بن صوحان ، حتى إذا كنا بالعذيب ، التقطت

(١٥) لم نجده فيما بين أيدينا من كتب الحديث .

(١٦) تقدم تخريجه في : ١١٦/٤ .

(١٧) سقط من : م .

(١٨) أخرجه أبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٨/١ .

(١٩) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب في اللقطة ما يصنع بها ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٤٦١/٦ .

(٢٠) في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٩/١ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في قليل اللقطة ، من كتاب الكبرى ١٩٥/٦ .

(٢١) في : باب اللقطة ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٧/٢ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى

. ١٤١/٦

سَوَاطًا ، فَقَالَ لِي : أَلْقِهِ . فَأُثِثُ ، فَلَمَّا ^(٢٢) قَدِمْنَا الْمَدِينَةَ ، أَثِثْتُ أَبِيَّ بْنَ كَعْبٍ ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لَهُ ، فَقَالَ : أَصَبْتُ . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهِ ^(٢٣) ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ كَالْمَذَاهِبِ الثَّلَاثَةِ . وَلَنَا ، عَلَى إِبْطَالِ تَحْدِيدِهِ بِمَا ذَكَرُوهُ ، أَنَّ حَدِيثَ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ عَامٌّ فِي كُلِّ لُقْطَةٍ ، فَيَجِبُ إِبْقَاؤُهُ عَلَى عُمُومِهِ ، إِلَّا مَا خَرَجَ مِنْهُ بِالذَّلِيلِ / ، وَلَمْ يَرِدْ بِمَا ذَكَرُوهُ نَصٌّ ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ النَّصُّ بِهِ . وَلِأَنَّ التَّحْدِيدَ وَالتَّقْدِيرَ لَا يَعْرِفُ بِالْقِيَاسِ ، وَإِنَّمَا يُؤْخَذُ مِنْ نَصٍّ أَوْ إِجْمَاعٍ ، وَلَيْسَ فِي مَا ذَكَرُوهُ نَصٌّ وَلَا إِجْمَاعٌ . وَأَمَّا حَدِيثُ عَلِيٍّ ، فَهُوَ ضَعِيفٌ ، رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَقَالَ : طَرَفُهُ كُلُّهَا مُضْطَرِبَةٌ . ثُمَّ هُوَ مُخَالِفٌ لِمَذْهَبِهِمْ وَلِسَائِرِ الْمَذَاهِبِ ، فَتَعَيَّنَ حَمْلُهُ عَلَى وَجْهِ مِنْ الْوُجُوهِ غَيْرِ اللَّقْطَةِ ، إِمَّا لِكَوْنِهِ مُضْطَرًّا إِلَيْهِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، وَحَدِيثُ عَائِشَةَ قُضِيَتْ فِي عَيْنٍ ، لَا يُذَرَى كَمْ قَدَرُ الْخَائِمْ ، ثُمَّ هُوَ قَوْلُ صَحَابِيٍّ ، وَكَذَلِكَ حَدِيثُ عَلِيٍّ ^(٢٤) ، وَهُمْ لَا يَرَوْنَ ذَلِكَ حُجَّةً ، وَسَائِرُ الْأَحَادِيثِ لَيْسَ فِيهَا تَقْدِيرٌ ، لَكِنْ يُبَاحُ اخْتِذَا مَا ذَكَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ ، وَخَصَّ فِي اخْتِذِهِ مِنَ السَّوْطِ وَالْعَصَا وَالْحَبْلِ ، ^(٢٥) وَمَا قِيَمَتُهُ كَقِيَمَةِ ذَلِكَ ^(٢٦) . وَقَدَّرَهُ الشَّيْخُ أَبُو الْفَرَجِ ^(٢٧) فِي كِتَابِهِ بِمَا دُونَ الْقِيَرَاطِ ، وَلَا يَصِحُّ تَحْدِيدُهُ لِمَا ذَكَرْنَا .

فصل : إِذَا أَخَّرَ التَّعْرِيفَ عَنِ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ، مَعَ امْتِكَانِهِ ، أَيْمَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِهِ فِيهِ ، وَالْأَمْرُ يَفْتَضِي الْوُجُوبَ . وَقَالَ فِي حَدِيثِ عِيَّاضِ بْنِ حِمَارٍ : « لَا يَكُنْمْ وَلَا يُغَيَّبْ » ^(٢٧) . وَلِأَنَّ ذَلِكَ وَسِيلَةٌ إِلَى أَنْ لَا يَعْرِفَهَا صَاحِبُهَا ، فَإِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ بَعْدَ

(٢٢) فِي م : ١ : حَتَّى .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

(٢٥ - ٢٥) فِي م : ١ : وَمَا قِيَمَةُ ذَلِكَ .

(٢٦) يَعْنِي ابْنُ الْجَوْزِيِّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَلِيٍّ ، الْمَتَوَفَى سَنَةَ سَبْعٍ وَتِسْعِينَ وَخَمْسِمِائَةٍ .

(٢٧) يَأْتِي الْحَدِيثُ بِتَأَمُّمِهِ فِي الْمَسْأَلَةِ التَّالِيَةِ ، وَيَذَكِّرُ الْمُصَنِّفَ أَنَّ النَّسَائِيَّ رَوَاهُ ، وَذَلِكَ فِي السَّنَنِ الْكُبْرَى . انْظُرْ : =

الْحَوْلُ يَنَاسُ مِنْهَا ، وَيَسْأَلُو عَنْهَا ، وَيَتْرَكُ طَلَبَهَا . وَيَسْقُطُ التَّعْرِيفُ بِتَأْخِيرِهِ عَنِ الْحَوْلِ
 الْأَوَّلِ ، فِي الْمَنْصُوصِ عَنْ أَحَدٍ ؛ لِأَنَّ حِكْمَةَ التَّعْرِيفِ لَا تَحْصُلُ بَعْدَ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ .
 وَإِنْ تَرَكَهُ فِي بَعْضِ الْحَوْلِ ، عَرَفَ بَقِيَّتَهُ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَسْقُطَ التَّعْرِيفُ
 بِتَأْخِيرِهِ^(٢٨) ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ ، فَلَا يَسْقُطُ بِتَأْخِيرِهِ عَنْ وَقْتِهِ ، كَالْعِبَادَاتِ وَسَائِرِ
 الْوَاجِبَاتِ . وَلِأَنَّ التَّعْرِيفَ فِي الْحَوْلِ الثَّانِي يَحْصُلُ بِهِ الْمَقْصُودُ عَلَى نَوْعِ^(٢٩) مِنَ
 الْقُصُورِ ، فَيَجِبُ الْإِثْبَانُ بِهِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِذَا أَمَرْتُكُمْ بِأَمْرٍ فَأَتُوا مِنْهُ مَا
 اسْتَطَعْتُمْ »^(٣٠) . فَعَلَى هَذَا إِنْ أَخَّرَ التَّعْرِيفَ بَعْضَ الْحَوْلِ ، أَتَى بِالتَّعْرِيفِ فِي بَقِيَّتِهِ ،
 وَأَتَمَّهُ مِنَ الْحَوْلِ الثَّانِي . وَعَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ ، لَا يَمْلِكُهَا بِالتَّعْرِيفِ^(٣١) فِيمَا عدا^(٣٢)
 الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ شَرْطَ الْمِلْكِ التَّعْرِيفُ فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ، وَلَمْ يُوجَدْ . وَهَلْ لَهُ أَنْ
 يَتَصَدَّقَ بِهَا أَوْ يَحْبِسَهَا^(٣٣) عِنْدَهُ أَبَدًا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُلْزَمَهُ دَفْعُهَا إِلَى
 الْحَاكِمِ ، كَقَوْلِنَا فِيمَا إِذَا التَّقَطَّ مَا^(٣٤) لَا يَجُوزُ التَّقَاطُ . / وَلَوْ تَرَكَ التَّعْرِيفَ فِي بَعْضِ
 الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ، لَمْ يَمْلِكُهَا أَيْضًا بِالتَّعْرِيفِ فِيمَا بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ لَمْ يَكْمُلْ ، وَعَدَمُ
 بَعْضِ الشَّرْطِ كَعَدَمِ جَمِيعِهِ ، كَمَا لَوْ أُخْلِيَ بَعْضُ الطَّهَارَةِ ، أَوْ بَعْضُ السُّتْرَةِ فِي
 الصَّلَاةِ .

و ١٨٥/٥

فصل : وَإِنْ تَرَكَ التَّعْرِيفَ فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ؛ لِعَجْزِهِ عَنْهُ ، مِثْلُ أَنْ يَتْرَكَهُ لِمَرَضٍ
 أَوْ حَبْسٍ أَوْ نَسْيَانٍ وَنَحْوِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ مَا لَوْ تَرَكَهُ مَعَ

= تحفة الأشراف ٢٥٠/٨ .

وأخرجه أبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٧/١ . وابن ماجه ، في : باب اللقطة ، من كتاب

اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٦٢/٤ ، ٢٦٦ .

(٢٨) في م : « لتأخره » .

(٢٩) في الأصل : « نعت » .

(٣٠) تقدم تخريجه في : ٣١٥/١ .

(٣١ - ٣١) في الأصل : « في تباعد » .

(٣٢) في م : « بحسبه » .

(٣٣) في م : « فيما » .

إمكانه ؛ لأنَّ تَعْرِيفَهُ فِي الْحَوْلِ سَبَبُ الْمَلِكِ ، وَالْحُكْمُ يَنْتَفِي لَانْتِفَاءِ سَبَبِهِ ، سَوَاءً انْتَفَى لِعُذْرٍ أَوْ غَيْرِ عُذْرٍ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ يُعَرَّفُ فِي الْحَوْلِ الثَّانِي ، وَيَمْلِكُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُؤَخَّرِ التَّعْرِيفُ عَنْ وَقْتِ إِمْكَانِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ عَرَفَهُ فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ .

٩٤٠ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا ، وَإِلَّا كَانَتْ كَسَائِرِ مَالِهِ)

وجملته أنَّه إِذَا عَرَّفَ اللَّقْطَةَ حَوْلًا ، فَلَمْ تُعَرَفْ ، مَلَكَهَا مُلْتَقِطُهَا ، وَصَارَتْ مِنْ مَالِهِ ، كَسَائِرِ أَمْوَالِهِ ، غَنِيًّا كَانَ الْمُلْتَقِطُ أَوْ فَقِيرًا . وَرَوَى نَحْوُ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَعَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَطَاوُسٌ ، وَعِكْرِمَةُ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : يَتَصَدَّقُ بِهَا ، فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا خَيْرُهُ بَيْنَ الْأَجْرِ وَالْعَرْمِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ اللَّقْطَةِ ، فَقَالَ : « عَرَفَهَا حَوْلًا » . وَرَوَى : « ثَلَاثَةَ أَحْوَالٍ ، فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا ^(١) ، وَإِلَّا تَصَدَّقَ بِهَا ، فَإِذَا جَاءَ رَبُّهَا ، فَرَضِيَ بِالْأَجْرِ ، وَإِلَّا غَرَمَهَا ^(٢) . وَلَئِنْهَا مَالٌ لِمَعْصُومٍ ، لَمْ يَرْضَ بِرِوَالِ مِلْكِهِ عَنْهَا ، وَلَا وَجَدَ مِنْهُ سَبَبٌ يَقْتَضِي ذَلِكَ ، فَلَمْ يَزَلْ مِلْكُهُ عَنْهُ ، كَغَيْرِهَا . قَالُوا : وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَمَلَّكَهَا ، إِلَّا أَنْ أَبَا حَنِيفَةَ قَالَ : لَهُ ذَلِكَ إِنْ كَانَ فَقِيرًا مِنْ غَيْرِ ذَوِي الْقُرْبَى ؛ لِمَا رَوَى عِيَّاضُ بْنُ حِمَارٍ الْمُجَاشِعِيُّ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ وَجَدَ لُقْطَةً فَلْيُشْهَدْ عَلَيْهَا ذَا عَدْلٍ ، وَلَا يَكُنْمْ وَلَا يُعَيَّبُ ، فَإِنْ وَجَدَ صَاحِبُهَا فَلْيَرُدُّهَا عَلَيْهِ ، وَإِلَّا فَهِيَ مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ » . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ ^(٣) . قَالُوا : وَمَا يُضَافُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ، إِنَّمَا يَتَمَلَّكُهُ مَنْ يَسْتَحِقُّ الصَّدَقَةَ . وَنَقَلَ حَنْبَلٌ ، عَنْ أَحْمَدَ مِثْلَ هَذَا الْقَوْلِ . وَأَنْكَرَهُ الْحَلَّالُ ، وَقَالَ :

(١) فِي الْأَصْلِ : « صَاحِبُهَا » .

(٢) أَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي كِتَابِ الرِّضَاعِ . سَنَنَ الدَّارِقُطْنِيُّ ١٨٢/٤ . وَانْظُرْ : مُصَنَّفُ عَبْدِ الرَّزَّاقِ

١٣٨/١ ، ١٣٩ ، وَمُصَنَّفُ إِبْنِ أَبِي شَيْبَةَ ٤٥٢/٦ .

(٣) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٢٩٧ .

ليس هذا مذهباً لأحمد . ولنا ، قول النبي ﷺ ، في حديث زيد بن خالد^(٤) : « فَإِنْ لَمْ تُعْرِفْ ، / فَاسْتَنْفِقْهَا » . وفي لَفِظٍ : « وَالْأَفْهَى كَسْبِيلُ مَالِكَ » . وفي لَفِظٍ : « ثُمَّ كُلُّهَا » . وفي لَفِظٍ : « فَاتَّبِعْ بِهَا » . وفي لَفِظٍ : « فَشَأْنُكَ بِهَا » . وفي حديث أبي ابن كعب^(٥) : « فَاسْتَنْفِقْهَا » . وفي لَفِظٍ : « فَاسْتَمْتِعْ بِهَا » . وهو حديث صحيح^(٦) . ولأنَّ من مَلَكَ بِالْقَرْضِ^(٧) مَلَكَ بِاللُّقْطَةِ كَالْفَقِيرِ ، ومن جازَ له الْإِنْتِقَاطُ مَلَكَ بِهِ بَعْدَ التَّعْرِيفِ ، كَالْفَقِيرِ . وَحَدِيثُهُمْ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ لَمْ يَثْبُتْ ، وَلَا يُقَالُ فِي كِتَابِ يُوثَّقُ بِهِ . وَدَعَوَاهُمْ فِي حَدِيثِ عِيَّاضٍ أَنَّ مَا يُضَافُ إِلَى اللَّهِ لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا مَنْ يَسْتَحِقُّ الصَّدَقَةَ . لَا بُرْهَانَ لَهَا ، وَلَا دَلِيلَ عَلَيْهَا ، وَبُطْلَانُهَا ظَاهِرٌ ؛ فَإِنَّ الْأَشْيَاءَ كُلَّهَا تُضَافُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى خَلْقًا وَمِلْكًا ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَأَتَوَهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي عَاتَاكُمْ ﴾^(٨) .

فصل : وَتَدْخُلُ اللَّقْطَةُ فِي مِلْكِهِ عِنْدَ تَمَامِ التَّعْرِيفِ حُكْمًا ، كَالْمِيرَاثِ . هَذَا ظَاهِرٌ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ ؛ لقوله : « وَإِلَّا كَانَتْ كَسَائِرِ مَالِهِ » . وَكَذَلِكَ قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ : إِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلَّا كَانَتْ كَسَائِرِ مَالِهِ . وَاخْتَارَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّهَا لَا تَدْخُلُ فِي مِلْكِهِ حَتَّى يَخْتَارَ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ؛ فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ كَقَوْلِنَا ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَمْلِكُهَا بِالنِّسَةِ . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَمْلِكُهَا بِقَوْلِهِ : اخْتَرْتُ ثَمْلُكُهَا . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَا يَمْلِكُهَا إِلَّا بِقَوْلِهِ ، وَالتَّصَرُّفِ فِيهَا ؛ لِأَنَّ هَذَا ثَمْلُكَ^(٩) يَبْعُوضُ ؛ فَلَمْ يَحْصُلْ إِلَّا بِاخْتِيَارِ الْمُتَمَلِّكِ ، كَالشِّرَاءِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَإِذَا جَاءَ

(٤) تقدم تخريج حديثه في صفحة ٢٩٠ .

(٥) تقدم تخريج حديثه في صفحة ٢٩٢ .

(٦) انظر لمواضع هذه الألفاظ : إرواء الغليل ٢١/٦ ، ٢٢ .

(٧) في الأصل : « بِالْقَرْضِ » .

(٨) سورة النور ٣٣ .

(٩) في م : « تَمْلِكُ » .

صَاحِبُهَا ، وَإِلَّا فَهِيَ كَسَبِيلِ مَالِكَ » . وقوله : « فَاسْتَنْفَقَهَا » . ولو وَقَفَ مِلْكُهَا عَلَى تَمْلِكِهَا لَبَيَّنَهُ لَهُ ، وَلَمْ يُجَوِّزْ لَهُ التَّصَرُّفَ قَبْلَهُ . وَفِي لَفْظٍ : « فَهِيَ لَكَ » . وَفِي لَفْظٍ : « كُلُّهَا » . وَهَذِهِ الِاتِّفَاطُ كُلُّهَا تَذُلُّ عَلَى مَا قُلْنَا . وَلِأَنَّ الِاتِّفَاطَ وَالتَّعْرِيفَ سَبَبٌ لِلتَّمْلِكِ ^(١٠) ، فَإِذَا تَمَّ وَجَبَ أَنْ يَثْبُتَ بِهِ الْمِلْكُ حُكْمًا ، كَالِإِحْيَاءِ وَالِاصْطِيَادِ . وَلِأَنَّهُ سَبَبٌ يُمْلِكُ بِهِ ، فَلَمْ يَقِفِ الْمِلْكُ بَعْدَهُ عَلَى قَوْلِهِ ، وَلَا اخْتِيَارِهِ ، كَسَائِرِ الْأَسْبَابِ ؛ ذَلِكَ لِأَنَّ الْمُكَلَّفَ لَيْسَ إِلَيْهِ إِلَّا مُبَاشَرَةُ الْأَسْبَابِ ، فَإِذَا أَتَى بِهَا ، ثَبَتَ الْحُكْمُ قَهْرًا وَجَبْرًا مِنْ اللَّهِ تَعَالَى ، غَيْرَ مَوْقُوفٍ عَلَى اخْتِيَارِ الْمُكَلَّفِ . وَأَمَّا الْاِقْتِرَاضُ فَهُوَ السَّبَبُ فِي نَفْسِهِ ، فَلَمْ يَثْبُتِ الْمِلْكُ بِدُونِهِ .

فصل : فَإِنْ اتَّفَقَ اثْنَانِ ، فَعَرَّفَاها حَوْلًا ، مَلَكَاهَا جَمِيعًا . وَإِنْ قُلْنَا بِوُقُوفِ الْمِلْكِ عَلَى الْاِخْتِيَارِ ، فَاخْتَارَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ ، مَلَكَ الْمُخْتَارُ نِصْفَهَا دُونَ الْآخَرِ . وَإِنْ رَأَيَاها مَعًا ، فَبَادَرَ أَحَدُهُمَا فَأَخَذَهَا ، أَوْ رَأَاهَا أَحَدُهُمَا ، فَأَعْلَمَ بِهَا صَاحِبَهُ ، فَأَخَذَهَا ، / فَهِيَ لِأَخِذِهَا ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ اللَّقْطَةِ بِالْأَخْذِ لَا بِالرُّؤْيَةِ ، كَالِاصْطِيَادِ . وَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ : هَاتِيهَا . فَأَخَذَهَا ، نَظَرْتُ فِي نَيْتِهِ ؛ فَإِنْ أَخَذَهَا لِنَفْسِهِ ، فَهِيَ لَهُ دُونَ الْآمِرِ ^(١١) ، وَإِنْ أَخَذَهَا لِلْآمِرِ ، فَهِيَ لَهُ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي الْاِصْطِيَادِ لَهُ .

فصل : وَتَمْلِكُ اللَّقْطَةُ مِلْكًا مُرَاعَى ، يَزُولُ بِمَجِيءِ صَاحِبِهَا ، وَيَضْمَنُ لَهُ بَدْلُهَا إِنْ تَعَذَّرَ رَدُّهَا . وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَمْلِكُهَا بِغَيْرِ عَوْضٍ يَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ ، وَإِنَّمَا يَتَجَدَّدُ وَجُوبُ الْعَوْضِ بِمَجِيءِ صَاحِبِهَا ، كَمَا يَتَجَدَّدُ زَوَالُ الْمِلْكِ عَنْهَا بِمَجِيئِهِ ، وَكَمَا يَتَجَدَّدُ وَجُوبُ ^(١٢) نِصْفِ الصَّدَاقِ لِلزَّوْجِ ، أَوْ بَدْلُهُ إِنْ تَعَذَّرَ ثُبُوتُ الْمِلْكِ فِيهِ بِالطَّلَاقِ . وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَكْثَرُهُمْ : لَا يَمْلِكُهَا إِلَّا بِعَوْضٍ يَثْبُتُ فِي

(١٠) فِي م : (لِلتَّمْلِكِ) .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « الْآخَرِ » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

ذِمَّتِهِ لِصَاحِبِهَا . وهذا قول القاضى وأصحابه ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَمْلِكُ الْمُطَالَبَةَ بِهِ ، فَأَشْبَهَ الْقَرْضَ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلَّا فَهِيَ مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ » . فَجَعَلَهَا مِنَ الْمُبَاحَاتِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ مَاتَ لَمْ يُعْزَلْ مِنْ تَرَكَّتِهِ بِدَلِّهَا ، وَلَا يَسْتَحِقُّ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الزَّكَاةِ بِسَبَبِ الْغُرْمِ ، وَلَا ^(١٣) يَلْزُمُهُ أَنْ يُوصِيَ بِهِ ، وَلَا يَمْتَنِعُ وَجُوبُ الزَّكَاةِ فِي مَالِهِ بِسَبَبِ الدَّيْنِ ، وَلَا يَثْبُتُ شَيْءٌ مِنْ أَحْكَامِ الدَّيْنِ فِي حَقِّهِ ، وَانْتِفَاءُ أَحْكَامِهِ دَلِيلٌ عَلَى انْتِفَائِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَمْنَعُ ذَلِكَ وَجُوبُ الزَّكَاةِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ مَلَكَهَا بِعَوَضٍ لَمْ يُزَلْ مِلْكُهُ عَنْهَا بِمَجِيئِ ^(١٤) صَاحِبِهَا ، وَلَوْ وَقَفَ مِلْكُهُ لَهَا عَلَى رِضَاهَا بِالْمُعَاوَضَةِ وَاخْتِيَارِهِ لِأَحَدِهِمَا ^(١٥) كَالْقَرْضِ ، وَالْأَمْرُ بِخِلَافِ ذَلِكَ ، وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ صَاحِبُهَا الْمُطَالَبَةَ بَعْدَ مَجِيئِهِ ، بِشَرْطِ تَلَفِّهَا ، فَإِنَّهَا لَوْ كَانَتْ مَوْجُودَةً لِأَخْذِهَا ، وَلَمْ يَسْتَحِقِّ لَهَا بَدَلًا . وَإِنْ كَانَتْ تَالِفَةً تَجَدَّدَ لَهُ مِلْكُ الْمُطَالَبَةِ بِبَدْلِهَا ، كَمَا يَتَجَدَّدُ لَهُ الْمِلْكُ فِيهَا لَوْ كَانَتْ مَوْجُودَةً ، وَكَمَا يَتَجَدَّدُ لَهُ الْمِلْكُ فِي نِصْفِ الصَّدَاقِ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَفِي بَدْلِهِ إِنْ كَانَ مَعْدُومًا . وَهَذَا أَشْبَهَ بِمَسْأَلَتِنَا ، وَبِهِ يَبْطُلُ مَا ذَكَرُوهُ . وَأَمَّا الْقَرْضُ ، فَإِنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ بَدْلُهُ فِي الذِّمَّةِ ، لَمْ يُعَدِ الْمِلْكُ لَهُ فِي الْمُقْرَضِ ^(١٦) إِلَّا بِرِضَاءِ الْمُقْرَضِ وَاخْتِيَارِهِ .

فصل : وكل ما جاز النِّقَاطُ ، مُلْكٌ بِالْتَّعْرِيفِ عِنْدَ تَمَامِهِ ، أَثْمَانًا كَانَتْ أَوْ غَيْرَهَا . هَذَا ظَاهِرٌ ^(١٧) كَلَامِ الْخَرَقِيِّ ، فَإِنَّ لَفْظَهُ عَامٌّ فِي كُلِّ لَفْظٍ . وَقَدْ نُقِلَ ذَلِكَ عَنْ أَحْمَدَ ، فَإِنَّ مُحَمَّدَ بْنَ الْحَكَمِ ، أَرَوَى عَنْهُ فِي الصِّيَادِ يَقَعُ فِي شَيْئِهِ / الْكَيْسُ أَوْ التُّحَاسُ : يُعَرِّفُهُ سَنَةً ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلَّا فَهُوَ كَسَائِرِ مَالِهِ . وَهَذَا نَصٌّ فِي التُّحَاسِ . وَقَالَ الشَّرِيفُ

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « وَلِأَنَّهُ » .

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « لِحْجَى » .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « الْقَرْضِ » .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : م .

ابن أبي موسى : هل حُكِمَ العُروضُ في التَّعْرِيفِ ، وَجَوَّازِ التَّصَرُّفِ فيها بعد ذلك ، حُكِمَ
 الأَثْمَانِ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ، أَظْهَرُهُمَا أَنَّهَا كالأَثْمَانِ ، ولا أَعْلَمُ بين أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ فَرْقًا
 بين الأَثْمَانِ والعُروضِ في ذلك . وقال أَكْثَرُ أَصْحَابِنَا : لا تُثْمَلُكُ العُروضُ بالتَّعْرِيفِ .
 قال القاضي : نَصَّ أَحْمَدُ على هذا ، في رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ . وَاخْتَلَفُوا فيما يَصْنَعُ بها ، فقال
 أَبُو بَكْرٍ ، وابنُ عَقِيلٍ : يُعَرَّفُهَا أَبَدًا . وقال القاضي : هو بِالْخِيَارِينِ أَنْ يُقِيمَ على تَعْرِيفِهَا
 حَتَّى يَجِيءَ صَاحِبُهَا ، وَبَيْنَ دَفْعِهَا إِلَى الْحَاكِمِ لِيَرَى رَأْيَهُ فِيهَا . وهل لَهُ بَيْعُهَا بعد
 الْحَوْلِ ، وَيَتَصَدَّقُ بها ؟ على رِوَايَتَيْنِ ، وقال الْخَلَّالُ : كُلُّ مَنْ رَوَى عن أَحْمَدَ ، أَنَّهُ
 يُعَرِّفُهَا سَنَةً ، وَيَتَصَدَّقُ به ، وَالَّذِي نَقَلَ أَنَّهُ يُعَرَّفُ أَبَدًا قَوْلُ قَدِيمٍ ، رَجَعَ عَنْهُ . وَاجْتَبَوْا
 بِمَارُوى عن ابنِ عمرَ ، وابنِ عَبَّاسٍ ، وابنِ مسعودٍ ، مِثْلَ قَوْلِهِمْ ، وَلَئِنْهَا لَقِطَةٌ لَا تُثْمَلُكُ
 فِي الْحَرَمِ ، فلا تُثْمَلُكُ في غيره كالْإِبِلِ ، وَلِأَنَّ الْخَيْرَ وَرَدَ فِي الأَثْمَانِ ، وَغَيْرُهَا لا
 يُسَاوِيهَا ؛ لِعَدَمِ الْعَرَضِ الْمُتَعَلِّقِ بِعَيْنِهَا ، فَمِثْلُهَا يَقُومُ مَقَامَهَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ ، بِخِلَافِ
 غَيْرِهَا . وَلَنَا ، عُمُومُ الْأَحَادِيثِ فِي اللَّقْطَةِ جَمِيعِهَا ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ عَنِ اللَّقْطَةِ ،
 فَقَالَ : « عَرَّفْهَا سَنَةً » ثُمَّ قَالَ فِي آخِرِهِ : « فَاتَّقِعْ بِهَا ، أَوْ فَشَأْنُكَ بِهَا » . وَفِي حَدِيثِ
 عِيَّاضِ بْنِ حِمَارٍ : « مَنْ وَجَدَ لَقْطَةً » . وَهُوَ لَفْظُ عَامٍّ . وَرَوَى الْجَوْزْجَانِيُّ ، وَالْأَثَرُمُ
 فِي « كِتَابَيْهِمَا » ، قَالَا : حَدَّثَنَا أَبُو نُعَيْمٍ ، ثنا هِشَامُ بْنُ سَعْدٍ ، قَالَ حَدَّثَنِي عَمْرُو بْنُ
 شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : أَتَى رَجُلٌ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ
 اللَّهِ ، كَيْفَ تَرَى فِي مَتَاعٍ يُوجَدُ فِي الطَّرِيقِ الْمِثْيَاءِ ^(١٨) ، أَوْ فِي قَرْيَةٍ مَسْكُونَةٍ ؟ فَقَالَ :
 « عَرَّفْهُ سَنَةً ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلَّا فَشَأْنُكَ بِهِ » ^(١٩) . وَرَوَى أَنَّ سُفْيَانَ بْنَ عَبْدِ
 اللَّهِ ، وَجَدَ عَيْنَةً ^(٢٠) فَأَتَى بِهَا عَمْرَ بْنَ الْخَطَّابِ فَقَالَ : عَرَّفْهَا سَنَةً ، فَإِنْ عُرِفَتْ ،
 وَإِلَّا فَهِيَ لَكَ . زَادَ الْجَوْزْجَانِيُّ : فَلَمْ تُعَرَفْ ، فَلَقِيَهُ بِهَا ^(٢١) الْعَامَ الْمُقْبِلَ ،

(١٨) المِثْيَاءُ : الأَرْضُ السَّهْلَةُ .

(١٩) أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الْمَعْدِنِ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ . الْمُجْتَبَى ٣٣/٥ . وَالدَّارَقُطْنِيُّ ، فِي : بَابِ فِي الْمَرْأَةِ

تَقْتُلُ إِذَا ارْتَدَّتْ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ وَالْأَحْكَامِ . سَنَنِ الدَّارَقُطْنِيِّ ٢٣٦/٤ .

(٢٠) الْعَيْنَةُ : وَعَاءٌ مِنْ خُوصٍ وَنَحْوِهِ ، أَوْ وَعَاءٌ مِنْ أَدَمٍ وَنَحْوِهِ يَكُونُ فِيهِ الْمَتَاعُ .

(٢١) سَقَطَ مِنْ : م .

فَذَكَرْهَا لَهُ ، فَقَالَ عُمَرُ : هِيَ لَكَ ، إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَنَا بِذَلِكَ . وَرَوَاهُ النَّسَائِيُّ
كَذَلِكَ ^(٢٢) . وَهَذَا نَصٌّ فِي غَيْرِ الْأَثْمَانِ . وَرَوَى الْجَوْزْجَانِيُّ ، بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ الْحَرِّ بْنِ
الصَّبَّاحِ ^(٢٣) قَالَ : كُنْتُ عِنْدَ / ابْنِ عُمَرَ بِمَكَّةَ ، إِذْ جَاءَهُ رَجُلٌ . فَقَالَ : إِنِّي وَجَدْتُ
هَذَا الْبَرْدَ ، وَقَدْ نَشَدْتُهُ وَعَرَفْتُهُ فَلَمْ يَعْرِفْهُ أَحَدٌ ، وَهَذَا يَوْمُ التَّرْوِيَةِ ، وَيَوْمُ يَتَفَرَّقُ النَّاسُ .
فَقَالَ : إِنَّ شَيْئًا قَوْمَتُهُ قِيمَةٌ عَدْلٍ ، وَلَيْسَتْهُ ، وَكُنْتُ لَهُ ضَامِنًا ، مَتَى جَاءَكَ صَاحِبُهُ
دَفَعْتُ إِلَيْهِ ثَمَنَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَجِءْ لَهُ طَالِبٌ فَهُوَ لَكَ إِنْ شِئْتَ . وَلَأَنْ مَا جَازَ التَّقَاطُطُ مُلْكُ
بِالتَّعْرِيفِ ، كَالْأَثْمَانِ ، وَمَا حَاكُوهُ عَنِ الصَّحَابَةِ إِنْ صَحَّ ، فَقَدْ حَكَيْنَا عَنْ عُمَرَ وَابْنِهِ
خِلَافَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهَا لِقُطْعَةٌ لَا تُمْلِكُ فِي الْحَرَمِ . مَمْنُوعٌ ، ثُمَّ هُوَ مُنْقُوضٌ بِالْأَثْمَانِ ،
وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهَا عَلَى الْإِبِلِ ؛ لِأَنَّ مَعَهَا حِذَاءَهَا وَسِقَاءَهَا ، تَرِدُ الْمَاءَ ، وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ ،
حَتَّى يَأْتِيَهَا رَبُّهَا ، وَلَا يُوجَدُ ذَلِكَ فِي غَيْرِهَا ، وَلَأَنَّ الْإِبِلَ لَا يَجُوزُ التَّقَاطُطُ ، فَلَا تُمْلِكُ
بِهِ ، وَهَهُنَا يَجُوزُ التَّقَاطُطُ ، فَتُمْلِكُ بِهِ ، كَالْأَثْمَانِ . ثُمَّ إِذَا لَمْ تُمْلِكْ فِي الْحَرَمِ ، لَا
تُمْلِكُ فِي الْحِلِّ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْحَرَمَ مُبَيَّنٌ بِكُنُونِ لُقْطَتِهِ لَا يَتَقَطُّهَا إِلَّا مُنْشِدٌ ، وَلِهَذَا لَمْ تُمْلِكْ
الْأَثْمَانُ بِالتَّقَاطُطِ فِيهِ ، فَلَا يَلْزَمُ أَنْ لَا ^(٢٤) تُمْلِكْ فِي مَوْضِعٍ لَمْ يُوجَدِ الْمَانِعُ فِيهِ .
وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ النَّصَّ خَاصٌّ فِي الْأَثْمَانِ . قُلْنَا : بَلْ هُوَ عَامٌّ فِي كُلِّ لُقْطَةٍ ، فَيَجِبُ الْعَمَلُ
بِعُمُومِهِ ، وَإِنْ وَرَدَ فِيهَا نَصٌّ خَاصٌّ ، فَقَدْ رُوِيَ خَبَرٌ عَامٌّ ، فَيُعْمَلُ بِهِمَا ، ثُمَّ قَدْ رَوَيْنَا
نَصًّا خَاصًّا فِي الْعُرُوضِ ، فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِهِ ، كَمَا وَجِبَ الْعَمَلُ بِالْخَاصِّ فِي الْأَثْمَانِ ، ثُمَّ

(٢٢) فِي م : « أَيْضًا » .

وَلَعَلَّ هَذَا فِي السَّنَنِ الْكُبْرَى .

كَأَخْرَجَهُ الطَّحَاوِيُّ ، فِي : بَابِ اللَّقْطَةِ وَالضُّوَالِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَاتِ . شَرْحُ مَعَانِي الْآثَارِ ١٣٧/٤ ،

١٣٨ .

(٢٣) فِي النِّسْخِ : « الصَّبَّاحِ » . وَالتَّصْوِيبُ مِنَ الْمَشْتَبِهَةِ ٤٠٦ .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

لو اِخْتَصَّ الْخَبْرُ بِالْأَثْمَانِ ، لَوَجِبَ أَنْ يُقَاسَ عَلَيْهَا مَا كَانَ فِي مَعْنَاهَا ، كَسَائِرِ التَّنْصُوصِ
الَّتِي عُقِلَ مَعْنَاهَا وَوُجِدَ فِي غَيْرِهَا ، وَهُنَا قَدْ وَجِدَ الْمَعْنَى ، فَيَجِبُ قِيَاسُهُ عَلَى
الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ ، أَوْ نَقُولُ : إِنْ الْمَعْنَى هُنَا آكَدُ ، فَيُثَبِّتُ الْحُكْمُ فِيهِ بِطَرِيقِ التَّنْبِيهِ .
وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ الْأَثْمَانَ لَا تَتَلَفُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ عَلَيْهَا ، وَائْتِظَارِ صَاحِبِهَا بِهَا أَبَدًا ، وَالْعُرُوضُ
تَتَلَفُ بِذَلِكَ ، فَفِي التَّدَايِ عَلَيْهَا دَائِمًا هَلَاكُهَا ، وَضَبَاغُ مَالِيَّتِهَا عَلَى صَاحِبِهَا ،
وَمُلْتَقِطُهَا ، وَسَائِرِ النَّاسِ ، فِي (٢٥) إِبَاحَةِ الْإِتِّفَاعِ بِهَا وَمِلْكِهَا بَعْدَ التَّعْرِيفِ ، حِفْظًا
لِمَالِيَّتِهَا عَلَى صَاحِبِهَا بِدَفْعِ قِيمَتِهَا إِلَيْهِ (٢٦) ، وَتَقَعُ لغيرِهِ ، فَيَجِبُ ذَلِكَ لِتَنْهِي النَّبِيِّ ﷺ
عَنْ إِضَاعَةِ الْمَالِ ، وَلَمَّا فِيهِ مِنَ الْمَصْلَحَةِ وَالْحِفْظِ (٢٧) لِمَالِ الْمُسْلِمِ عَلَيْهِ وَعَلَى أَخِيهِ ،
وَلِأَنَّ فِي إِثْبَاتِ الْمِلْكِ فِيهَا حَتًّا عَلَى التَّقَاطُطِ وَحِفْظِهَا وَتَعْرِيفِهَا ، لِكُونِهِ وَسِيلَةً إِلَى الْمِلْكِ
الْمَقْصُودِ لِلْآدَمِيِّ ، وَفِي تَقْيِ مِلْكِهَا تَضْيِيعُهَا ، لَمَّا فِي التَّقَاطُطِ مِنَ الْخَطَرِ
وَالْمَشَقَّةِ (٢٨) وَالْكُلْفَةِ / مِنْ غَيْرِ نَفْعٍ يَصِلُ إِلَيْهِ ، فَيُودَى إِلَى أَنْ لَا يَلْتَقِطَهَا أَحَدٌ لِتَعْرِيفِهَا
فَتَضْيِيعُ . وَمَا ذَكَرُوهُ فِي الْفَرْقِ مُلْعَى بِالشَّأَةِ ، فَقَدْ ثَبَتَ الْمِلْكُ فِيهَا مَعَ هَذَا الْفَرْقِ ، ثُمَّ
يُمْكِنُنَا أَنْ نَقِيسَ عَلَى الشَّأَةِ ، فَلَا يَحْصُلُ هَذَا الْفَرْقُ بَيْنَ الْأَصْلِ وَالْفَرْعِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .
ثُمَّ تَقْلِبُ (٢٩) دَلِيلَهُمْ ، فَنَقُولُ : لِقُطْعَةٍ لَا تُمْلِكُ فِي الْحَرَمِ ، فَمَا أُبَيِّحُ التَّقَاطُطَ مِنْهَا مُلْكًا
إِذَا كَانَ فِي الْحِلِّ ، كَالْإِبِلِ .

فصل : وظاهر كلام أحمد والخريفي ، أَنَّ لِقُطْعَةَ الْحِلِّ وَالْحَرَمِ سَوَاءٌ . وَرَوَى ذَلِكَ
عَنْ ابْنِ عُمرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَعَائِشَةَ ، وَابْنِ الْمُسَيَّبِ . وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَأَبِي
حَنِيفَةَ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّقَاطُطُ لِقُطْعَةِ الْحَرَمِ لِلتَّمْلُكِ ، وَإِنَّمَا

(٢٥) فِي الْأَصْلِ : « وَفِي » .

(٢٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٧) فِي م : « وَالْحِظْ » .

(٢٨) فِي م : « وَالثَّقَّة » .

(٢٩) فِي م : « قَلْب » .

يجوز لحفظها^(٣٠) لصاحبها ، فإن التقطها عرّفها أبداً حتى يأتي صاحبها . وهو قول عبد الرحمن بن مهدي ، وأبي عبيد . وعن الشافعي كالمذهبيين . والحجة لهذا القول قول النبي ﷺ في مكة : « لَا تَحِلُّ سَاقِطَتُهَا إِلَّا لِلْمُنْشِدِ » . متفق عليه^(٣١) . وقال أبو عبيد^(٣٢) : الْمُنْشِدُ الْمَعْرُفُ ، وَالنَّاشِدُ الطَّالِبُ . وينشد :

إصاحّة الناشد للمُنشد

فيكون معناه لا تحل لقطعة مكة إلا لمن يعرفها ؛ لأنها خصت بهذا من سائر البلدان . وروى يعقوب بن شيبة ، في « مُسنّده »^(٣٣) عن عبد الرحمن بن عثمان التيمي ، أنّ النبي ﷺ نهى عن لقطة الحاج . قال ابن وهب : يعنى يتركها حتى يجدها صاحبها . رواه أبو داود^(٣٤) أيضا . ووجه الرواية الأولى عموم الأحاديث ، وأنه أحد الحرمين ، فأشبهه حرم المدينة ، ولأنها أمانة فلم يختلف حكمها بالحل والحرم ، كالوديعة . وقول النبي ﷺ : « إِلَّا لِلْمُنْشِدِ » . يحتمل أن يريد إلا لمن عرّفها عامّا ،

(٣٠) في م : « حفظها » .

(٣١) أخرجه البخارى ، في : باب كيف تعرف لقطعة أهل مكة ، من كتاب اللقطة ، وفي : باب وقال الليث حدثني يونس ... ، من كتاب المغازي ، وفي : باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين ، من كتاب الديات . صحيح البخارى ١٦٤/٣ ، ١٦٥ ، ١٩٤/٥ ، ٦/٩ . ومسلم ، في : باب تحريم مكة وصيدها وخلاها ... ، من كتاب الحج . صحيح مسلم ٩٨٨/٢ ، ٩٨٩ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب تحريم حرم مكة ، من كتاب المناسك سنن أبي داود ٤٦٥/١ . والنسائي ، في : باب النهى أن يفر صيد الحرم ، من كتاب المناسك . المجتبى ١٦٦/٥ . وابن ماجه ، في : باب فضل مكة ، من كتاب المناسك . سنن ابن ماجه ١٠٣٨/٢ . والدارمي ، في : باب النهى عن لقطة الحاج ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٦٥/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣١٨/١ ، ٣٤٨ ، ٢٣٨/٢ .

(٣٢) في غريب الحديث ١٣٣/٢ .

(٣٣) يعقوب بن شيبة السدوسي البصري الحافظ ، صاحب المسند المعلن ، توفي سنة اثنتين وستين ومائتين . العبر ٢٥/٢ .

(٣٤) في كتاب اللقطة ، سنن أبي داود ٣٩٩/١ .

كما أخرجه مسلم ، في : باب في لقطة الحاج ، من كتاب الحج . صحيح مسلم ١٣٥١/٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٩٩/٣ .

وَتَحْصِيصُهَا بِذَلِكَ لِتَأْكِيدِهَا ، لَا لِتَحْصِيصِهَا ، كَقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « ضَالَّةُ الْمُسْلِمِ حَرَقُ النَّارِ » (٣٥) . وَضَالَّةُ الدِّمِيِّ مَقْيَسَةٌ (٣٦) عَلَيْهَا .

فصل : إِذَا التَّقَطُّ لُقْطَةً ، عَازِمًا عَلَى تَمْلِكِهَا بِغَيْرِ تَعْرِيفٍ ، فَقَدْ فَعَلَ مُحَرَّمًا ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَخْذُهَا بِهَذِهِ النِّيَّةِ ، فَإِذَا أَخْذَهَا ، لَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، سَوَاءً تَلَفَتْ بِتَفْرِيطٍ (٣٧) أَوْ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ ، وَلَا يَمْلِكُهَا وَإِنْ عَرَّفَهَا ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَالَ غَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَجُوزُ لَهُ أَخْذُهُ ، فَأَشْبَهَ الْغَاصِبَ . نَصٌّ عَلَى هَذَا أَحْمَدُ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكُهَا ؛ لِأَنَّ مِلْكَهَا بِالتَّعْرِيفِ وَالْإِلْتِقَاطِ ، وَقَدْ وَجَدَ ، فَيَمْلِكُهَا بِهِ ، كَالِاصْطِيَادِ وَالِاخْتِشَاشِ ، فَإِنَّهُ لَوْ دَخَلَ حَائِطًا لَغَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَاخْتَشَّ أَوْ اصْطَادَ مِنْهُ صَيِّدًا ، / مَلَكَهُ ، وَإِنْ كَانَ دُخُولُهُ مُحَرَّمًا ، كَذَا هُنَا . وَلِأَنَّ عُمُومَ النَّصِّ يَتَنَاوَلُ هَذَا الْمُتَقَطَّ ، فَيُثْبِتُ حُكْمَهُ فِيهِ ، وَلِأَنَّ لَوْ اعْتَبَرْنَا نِيَّةَ التَّعْرِيفِ وَقَتَّ الْإِلْتِقَاطِ ، لَأَفْتَرَقَ الْحَالُ بَيْنَ الْعَدْلِ وَالْفَاسِقِ وَالصَّبِيِّ وَالسَّيْفِيهِ ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ عَلَى هَؤُلَاءِ الْإِلْتِقَاطُ لِلتَّمْلِكِ مِنْ غَيْرِ تَعْرِيفٍ .

٩٤١ - مسألة ؛ قال : (وَحَفِظَ وَكَاءَهَا وَعِفَاصَهَا ، وَحَفِظَ عَدَدَهَا وَصَفَتَهَا)

الأصل في هذا قول النبي ﷺ ، في حديث زيد بن خالد : « اعْرِفْ وَكَاءَهَا وَعِفَاصَهَا » (١) . وقال في حديث أبي بن كعب : « اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوَكَاءَهَا وَعَدَدَهَا ، ثُمَّ عَرَّفَهَا سَنَةً » (٢) . وفي لَفْظٍ عَنْ أَبِي بِنِ كَعْبٍ ، أَنَّهُ قَالَ :

(٣٥) أخرجه الترمذی ، فی : باب ما جاء فی النهی عن الشرب قائما ، من أبواب الأشربة . عارضة الأحوذی ٧٤/٨ . وابن ماجه ، فی : باب ضالة الإبل والبقرة والغنم ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٦/٢ . والدارمی ، فی : باب فی الضالة ، من كتاب البیوع . سنن الدارمی ٢٦٦/٢ . والإمام أحمد ، فی : المسند ٢٥/٤ ، ٨٠/٥ .

(٣٦) فی الأصل : « مقیس » .

(٣٧) فی م : « بتفريطه » .

(١) تقدم تخريجه فی صفحة ٢٩٠ .

(٢) تقدم تخريجه فی صفحة ٢٩٢ .

وَجَدْتُ مائَةَ دِينَارٍ ، فَأَتَيْتُ بِهَا النَّبِيَّ ﷺ ، فَقَالَ : « عَرَفَهَا حَوْلًا » . فَعَرَفْتُهَا حَوْلًا فَلَمْ تُعْرِفْ ، فَرَجَعْتُ إِلَيْهِ ، فَقَالَ : « اعْرِفْ عِدَّتَهَا وَوِعَاءَهَا وَوِكَاءَهَا ، وَاخْلُطْهَا بِمَالِكَ ، فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا فَأَدِّهَا إِلَيْهِ » . فَفِي هَذَا الْحَدِيثِ أَنَّهُ أَمَرَهُ بِمَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا بَعْدَ التَّعْرِيفِ ، وَفِي غَيْرِهِ أَمَرَهُ بِمَعْرِفَتِهَا حِينَ التَّقَاطُفِ قَبْلَ تَعْرِيفِهَا^(٣) . وَهُوَ الْأَوَّلَى ؛ لِیَحْصُلَ عِنْدَهُ عِلْمُ ذَلِكَ ، فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا فَتَعَتَهَا ، غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهُ فَيَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ^(٤) . حَيْثُئِذٍ . وَإِنْ أُخِّرَ مَعْرِفَةَ ذَلِكَ إِلَى حِينٍ مَجِئِ بَاغِيهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ يَحْصُلُ بِمَعْرِفَتِهَا حَيْثُئِذٍ . وَإِنْ لَمْ يَجِئْ طَالِبُهَا ، فَأَرَادَ التَّصَرُّفَ فِيهَا بَعْدَ الْحَوْلِ ، لَمْ يَجُزْ لَهُ حَتَّى يَعْرِفَ صِفَاتِهَا ؛ لِأَنَّ عَيْنَهَا تَنْعَدِمُ بِالتَّصَرُّفِ ، فَلَا يَبْقَى لَهُ سَبِيلٌ إِلَى مَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا إِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا . وَكَذَلِكَ إِنْ خَلَطَهَا بِمَالِهِ عَلَى وَجْهِ لَا تَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، فَيَكُونُ أَمْرُ النَّبِيِّ ﷺ لِأَبِيٍّ بِمَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا عِنْدَ خَلْطِهَا بِمَالِهِ أَمْرٌ بِإِجَابِ مُضَيِّقٍ ، وَأَمْرُهُ لِزَيْدِ بْنِ خَالِدٍ بِمَعْرِفَةِ ذَلِكَ حِينَ الْإِلْتِقَافِ وَاجِبًا مُوسِعًا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . قَالَ الْقَاضِي : يَتَّبَعِي أَنْ يَعْرِفَ جِنْسَهَا دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ ، وَنَوْعَهَا ، وَإِنْ كَانَتْ ثِيَابًا عَرَفَ لِفَاقَتَهَا وَجِنْسَهَا ، وَيَعْرِفَ قَدْرَهَا بِالْكَيْلِ ، وَبِالْوَزْنِ ، أَوْ بِالْعَدْدِ ، أَوْ الذَّرْعِ ، وَيَعْرِفُ الْعَقْدَ عَلَيْهَا ، هَلْ هُوَ عَقْدٌ وَاحِدٌ أَوْ أَكْثَرُ ، أَنْشُوطَةٌ^(٥) أَوْ غَيْرُهَا ، وَيَعْرِفُ صِمَامَ الْقَارُورَةِ^(٦) الَّذِي يَدْخُلُ^(٧) رَأْسَهَا ، وَعِفَاصَهَا الَّذِي تَلْبَسُهُ .

فصل : وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهَدَ عَلَيْهَا حِينَ يَجِدُهَا . قَالَ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : لَا أَحِبُّ أَنْ يَمَسَّهَا حَتَّى يُشْهَدَ عَلَيْهَا . فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ مُسْتَحَبٌّ غَيْرُ وَاجِبٍ ، وَأَنَّهُ إِنْ لَمْ يُشْهَدَ عَلَيْهَا لَا ضَمَانٌ عَلَيْهِ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ . وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا لَمْ يُشْهَدَ عَلَيْهَا ضَمَنَهَا ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ وَجَدَ لُقْطَةً ، / فَلْيُشْهَدْ ذَاعِلٌ ، أَوْ ذَوِي ظ ١٨٨/٥

(٣) فِي م : « التَّعْرِيفِ » .

(٤) فِي م : « عَلَيْهِ » .

(٥) الْأَنْشُوطَةُ : عَقْدَةٌ يَسْهَلُ انْخِلَاقُهَا .

(٦ - ٦) فِي م : « الَّتِي تَدْخُلُ » .

عَدْلٍ»^(٧) . وهذا أَمْرٌ يَفْتَضِي الوُجُوبَ ، ولأنَّه إذا لم يُشْهِدْ كان الظاهر أنَّه أَخَذَهَا لِنَفْسِهِ . ولنا ، خَبَرُ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ ، وَأَبِي بِنِ كَعْبٍ ، فَإِنَّهُ أَمَرَهُمَا بِالتَّعْرِيفِ دُونَ الإِشْهَادِ ، وَلَا يَجُوزُ تَأْخِيرُ الْبَيَانِ عَنْ وَقْتِ الْحَاجَةِ ، فَلَوْ كَانَ وَاجِبًا لَبَيَّنَهُ النَّبِيُّ ﷺ ، سِيِّمًا وَقَدْ سُئِلَ عَنْ حُكْمِ اللَّقْطَةِ فَلَمْ يَكُنْ لِيُخْلَلْ بِذِكْرِ الْوَاجِبِ فِيهَا ، فَيَتَعَيَّنَ حَمْلُ الْأَمْرِ فِي حَدِيثِ عِيَّاضٍ^(٨) عَلَى التَّنْذِيرِ وَالِاسْتِحْبَابِ . وَلأنَّه أَخَذَ أَمَانَةً ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى الإِشْهَادِ ، كَالْوَدِيعَةِ . وَالْمَعْنَى الَّذِي ذَكَرُوهُ غَيْرُ صَحِيحٍ ، فَإِنَّهُ إِذَا حَفِظَهَا وَعَرَّفَهَا فَلَمْ يَأْخُذْهَا لِنَفْسِهِ ، وَفَائِدَةُ الإِشْهَادِ صِيَانَةُ نَفْسِهِ عَنْ^(٩) الطَّمَعِ فِيهَا ، وَكُتْمُهَا وَحِفْظُهَا مِنْ وَرَثَتِهِ إِنْ مَاتَ ، وَمِنْ غُرْمَائِهِ إِنْ أَفْلَسَ . وَإِذَا أَشْهَدَ عَلَيْهَا ، لَمْ يَذْكُرْ لِلشُّهُودِ صِفَاتِهَا ، لَأَنَّ بِنْتِشِيرَ ذَلِكَ فَيَدَّعِيهَا مَنْ لَا يَسْتَحِقُّهَا ، وَيَذْكُرُ صِفَاتِهَا ، كَمَا قُلْنَا فِي التَّعْرِيفِ ، وَلَكِنْ يَذْكُرُ لِلشُّهُودِ مَا يَذْكُرُهُ فِي التَّعْرِيفِ مِنَ الْجِنْسِ وَالنَّوعِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ ، وَقَدْ سَأَلَهُ : إِذَا أَشْهَدَ^(١٠) عَلَيْهَا هَلْ يُبَيِّنُ كَمْ هِيَ ؟ قَالَ : لَا ، وَلَكِنْ يَقُولُ : قَدْ أَصَبْتُ لَقْطَةً . وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَكْتُبَ صِفَاتِهَا ؛ لِيَكُونَ أَثْبَتُهَا ، مَخَافَةَ أَنْ يَنْسَاهَا إِنْ اقْتَصَرَ عَلَى حِفْظِهَا بِقَلْبِهِ ، فَإِنَّ الْإِنْسَانَ غُرْضَةُ النِّسْيَانِ .

٩٤٢ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا فَوَصَفَهَا لَهُ ، دَفَعَتْ إِلَيْهِ بِلَا بَيِّنَةٍ)

يعنى إِذَا وَصَفَهَا بِصِفَاتِهَا الْمَذْكُورَةِ ، دَفَعَهَا إِلَيْهِ ، سَوَاءً غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهُ أَوْ لَمْ يَغْلِبْ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَدَاوُدُ ، وَابْنُ الْمُثَنِّيرِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ ، وَيَجُوزُ^(١١) لَهُ دَفْعُهَا إِلَيْهِ إِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهُ . قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِنْ شَاءَ دَفَعَهَا إِلَيْهِ وَأَخَذَ كَفِيلًا بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ :

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٧ .

(٨) تقدم في صفحة ٢٩٧ .

(٩) في الأصل : « مِنْ » .

(١٠) في م : « شَهِدَ » .

(١١) في م : « وَلَا يَجُوزُ » .

« الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى »^(٢) . وَلأنَّ صِفَةَ الْمُدَّعَى لَا يَسْتَحِقُّ بِهَا كَالْمَعْصُوبِ . وَلَنَا ،
 قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَإِنْ جَاءَكَ أَحَدٌ يُخْبِرُكَ بِعَدْدِهَا وَوَعَائِهَا وَوَكَائِهَا ، فَادْفَعْهَا
 إِلَيْهِ »^(٣) . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : هَذَا الثَّابِتُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَبِهِ أَقُولُ . وَرَوَاهُ ابْنُ
 الْقَصَّارِ^(٤) : « فَإِنْ جَاءَ بِأَعْيِهَا ، وَوَصَفَ عِفَاصَهَا وَعَدَّدَهَا ، فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ » . وَفِي
 حَدِيثِ زَيْدِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ : « اعْرِفْ وَكَأَنَّهَا وَعِفَاصَهَا ، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً ، فَإِنْ لَمْ
 تُعْرِفْ ، فَاسْتَنْفِقْهَا ، وَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ ، فَأَدَّهَا إِلَيْهِ »^(٥) . يَعْنِي إِذَا / ١٨٩/٥
 ذَكَرَ صِفَاتِهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْمَذْكُورُ فِي صَدْرِ الْحَدِيثِ ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْبَيِّنَةُ فِي شَيْءٍ مِنَ
 الْحَدِيثِ ، وَلَوْ كَانَتْ شَرْطًا لِلدَّفْعِ ، لَمْ يَجُزِ الْإِخْلَالُ بِهِ ، وَلَا أَمْرٌ بِالَدَّفْعِ بِدُونِهِ ،
 وَلأنَّ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ عَلَى اللَّقْطَةِ تَعْتَدُرُ ؛ لِأَنَّهَا^(٦) « إِنَّمَا سَقَطَتْ »^(٧) حَالِ الْعَقْلَةِ وَالسَّهْوِ ،
 « فَتَوْقِيفُ دَفْعِهَا عَلَيْهَا »^(٨) مَنَعَ لَوْصُولِهَا إِلَى صَاحِبِهَا أَبَدًا ، وَهَذَا يُفَوِّتُ مَقْصُودَ
 الْإِتِّقَاطِ ، وَيُقْضَى إِلَى تَضْيِيعِ أَمْوَالِ النَّاسِ ، وَمَا هَذَا سَبِيلُهُ يَسْقُطُ اعْتِبَارُ الْبَيِّنَةِ فِيهِ ،
 كَالِإِتِّفَاقِ عَلَى الْيَتِيمِ ، وَالْجَمْعُ بَيْنَ هَذَا الْقَوْلِ وَبَيْنَ تَفْضِيلِ الْإِتِّقَاطِ عَلَى تَرْكِهِ مُتَنَاقِضٌ
 جَدًّا ؛ لِأَنَّ الْإِتِّقَاطَ حِينَئِذٍ يَكُونُ تَضْيِيعًا لِمَالِ الْمُسْلِمِ يَقِينًا ، وَإِتْعَابًا لِنَفْسِهِ بِالتَّعْرِيفِ
 الَّذِي لَا يُفِيدُ ، وَالْمُخَاطَرَةَ بِدِينِهِ بِتَرْكِهِ الْوَاجِبَ مِنْ تَعْرِيفِهَا ، وَمَا هَذَا سَبِيلُهُ يَجِبُ
 أَنْ يَكُونَ حَرَامًا ، فَكَيْفَ يَكُونُ فَاضِلًا . وَعَلَى هَذَا نَقُولُ : لَوْ لَمْ يَجِبُ دَفْعُهَا بِالْصَّفَةِ ،
 لَمْ يَجُزِ الْإِتِّقَاطُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى » . يَعْنِي إِذَا
 كَانَ ثُمَّ مُنْكَرٌ ؛ لِقَوْلِهِ فِي سِيَاقِهِ : « وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ » . وَلَا مُنْكَرَ هُنَا ، عَلَى
 أَنَّ الْبَيِّنَةَ تَخْتَلِفُ ، وَقَدْ جَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ بَيِّنَةَ مُدَّعَى اللَّقْطَةِ وَصَفَهَا ، فَإِذَا وَصَفَهَا فَقَدْ

(٢) تقدم تخريجه في ٥٢٥/٦ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٠ .

(٤) لعله يعني أبا إسحاق إبراهيم بن عبد الله الأصبهاني المعدل القصار ، المتوفى سنة ثلاث وسبعين وثلاثمائة . انظر :
 الأنساب ١٦٣/١٠ ، ١٦٤ .

(٥ - ٥) في الأصل : « تسقط » .

(٦ - ٦) في م : « فتوقف دفعها » .

أَقَامَ بَيِّنَتَهُ . وَقِيَاسُ اللَّفْظَةِ عَلَى الْمَعْصُوبِ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ التَّرَاعُ ثُمَّ فِي كَوْنِهِ
مَعْصُوبًا ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ ، وَقَوْلُ الْمُنْكَرِ يُعَارِضُ دَعْوَاهُ ، فَاحْتِيجَ إِلَى الْبَيِّنَةِ ، وَهَهُنَا
قَدْ ثَبَتَ كَوْنُ هَذَا الْمَالِ لُقْطَةً ، وَأَنَّ لَهُ صَاحِبًا غَيْرَ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ ، وَلَا مُدْعَى لَهُ إِلَّا
الْوَاصِفُ ، وَقَدْ تَرَجَّحَ صِدْقُهُ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُدْفَعَ إِلَيْهِ .

فصل : فَإِنْ وَصَفَهَا اثْنَانِ ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ حَلَفَ أَنَّهَا لَهُ ،
وَسُلِّمَتْ إِلَيْهِ . وَهَكَذَا إِنْ^(٧) أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ حَلَفَ ،
وَدُفِعَتْ إِلَيْهِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : تُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا^(٨) تَسَاوَيَا
فِيمَا يُسْتَحَقُّ بِهِ الدَّفْعُ ، فَتَسَاوَيَا فِيهَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا . وَالَّذِي قُلْنَا هُ أَصَحُّ وَأَشْبَهُ
بِأَصُولِنَا ، فِيمَا إِذَا تَدَاعَا عَيْنًا فِي يَدٍ غَيْرِهِمَا ، وَلِأَنَّهُمَا تَدَاعَا عَيْنًا فِي يَدٍ^(٩) غَيْرِهِمَا ،
وَتَسَاوَيَا فِي الْبَيِّنَةِ ، أَوْ فِي عَدَمِهَا ، فَتَكُونُ لِمَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، كَمَا لَوْ ادَّعَا وَدِيعَةً فِي يَدِ
إِنْسَانٍ ، فَقَالَ : هِيَ لِأَحَدِكُمَا ، لَا أَعْرِفُهُ عَيْنًا . وَفَارَقَ مَا إِذَا كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا ؛ لِأَنَّ يَدَ
كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نَصْفِهِ^(١٠) ، فَرَجَحَ قَوْلُهُ فِيهِ . وَإِنْ وَصَفَهَا إِنْسَانٌ ، فَأَقَامَ آخِرُ الْبَيِّنَةِ
أَنَّهَا لَهُ ، فَهِيَ لِصَاحِبِ الْبَيِّنَةِ ؛ لِأَنَّهُمَا أَقْوَى مِنَ الْوَاصِفِ ، فَإِنْ كَانَ الْوَاصِفُ قَدْ أَخَذَهَا ،
اِتْرَعَتْ مِنْهُ ، وَرُدَّتْ إِلَى صَاحِبِ الْبَيِّنَةِ ؛ لِأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّهَا لَهُ ، فَإِنْ كَانَتْ^(١١) قَدْ
هَلَكَتْ ، فَلِصَاحِبِهَا / تَضْمِينُ مَنْ شَاءَ مِنَ الْوَاصِفِ أَوْ الدَّافِعِ إِلَيْهِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو
حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَيَخْرُجُ أَنْ لَا يُلْزَمَ الْمُتَقِطُ شَيْءً . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ صَاحِبِ
مَالِكٍ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا أَمَرَ بِهِ ، وَهُوَ^(١٢) أَمِينٌ غَيْرُ مُقْرِطٍ وَلَا مُقْصِرٍ ، فَلَا يَضْمَنُ
كَأَلَوْ دَفَعَهَا بِأَمْرِ الْحَاكِمِ ، وَلِأَنَّ الدَّفْعَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ ، فَصَارَ الدَّفْعُ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ ، فَلَمْ
يَضْمَنْهَا ، كَمَا لَوْ أَخَذَهَا كَرْهًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ دَفَعَ مَالَ غَيْرِهِ إِلَى غَيْرٍ مُسْتَحَقَّهُ اخْتِيَارًا مِنْهُ ،

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

(٨) تكملة لازمة .

(٩) في الأصل : « نصفها » .

(١٠) في م : « كان » .

(١١) في م : « لأنه » .

فَضَمَّنَهُ ، كَمَا لَوْ دَفَعَ الْوَدِيعَةَ إِلَى غَيْرِ مَالِكِهَا ، إِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ مَالِكُهَا . فَأَمَّا إِنْ دَفَعَهَا بِحُكْمٍ حَاكِمٍ ، لَمْ يَمْلِكْ صَاحِبُهَا مُطَالَبَةَ الدَّافِعِ ؛ لِأَنَّهَا مَأْخُودَةٌ مِنْهُ عَلَى سَبِيلِ الْقَهْرِ ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَمَا لَوْ غَضِبَهَا غَاصِبٌ . وَتَمَى ضَمِنَ الْوَاصِفُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّ الْعُدْوَانَ مِنْهُ وَالتَّلَفَ عِنْدَهُ . فَإِنْ ضَمِنَ الدَّافِعُ ، رَجَعَ عَلَى الْوَاصِفِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ سَبَبَ تَغْرِيبِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُتَلَقِّطُ قَدْ أَقَرَّ لِلوَاصِفِ أَنَّهُ صَاحِبُهَا وَمَالِكُهَا ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ ، لِأَنَّهُ اعْتَرَفَ أَنَّهُ صَاحِبُهَا وَمُسْتَحِقُّهَا ، وَأَنَّ صَاحِبَ الْبَيْنَةِ ظَلَمَهُ بِتَضْمِينِهِ ، فَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى غَيْرِ مَنْ ظَلَمَهُ . وَإِنْ كَانَتِ اللَّقْطَةُ قَدْ تَلَفَتْ عِنْدَ الْمُتَلَقِّطِ ، فَضَمَّنَتْهُ إِيَّاهَا ، رَجَعَ عَلَى الْوَاصِفِ بِمَا غَرَّمَهُ ، وَلَيْسَ لِمَالِكِهَا تَضْمِينُ الْوَاصِفِ ؛ لِأَنَّ الَّذِي قَبَضَهُ إِنَّمَا هُوَ مَالُ الْمُتَلَقِّطِ ، لَا مَالُ صَاحِبِ اللَّقْطَةِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا سَلَّمَ الْعَيْنَ . فَأَمَّا إِنْ وَصَفَهَا إِنْسَانٌ ، فَأَخَذَهَا ، ثُمَّ جَاءَ آخَرُ فَوَصَفَهَا وَادَّعَاهَا ، لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ اسْتَحَقَّهَا لَوْصِفَهُ إِيَّاهَا ، وَعَدَمِ الْمُنَازَعِ فِيهَا ، وَتَبَيَّنَتْ يَدُهُ عَلَيْهَا ، وَلَمْ يُوجَدْ مَا يَقْتَضِي انْتِزَاعَهَا مِنْهُ ، فَوَجَبَ إِبْقَاؤها لَهُ ، كَسَائِرِ مَالِهِ .

فصل : وَلَوْ جَاءَ مُدَّعٍ لِلْقَطْعَةِ ، فَلَمْ يَصِفْهَا ، وَلَا أَقَامَ بَيْنَةً أَنَّهَا لَهُ ، لَمْ يَجْزُ دَفْعُهَا إِلَيْهِ ، سِوَاءَ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهُ أَوْ كَذِبُهُ ؛ لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ ، فَلَمْ يَجْزُ دَفْعُهَا إِلَى مَنْ لَمْ يُثَبِّتْ أَنَّهُ صَاحِبُهَا ، كَالْوَدِيعَةِ ، فَإِنْ دَفَعَهَا ، فَجَاءَ آخَرُ فَوَصَفَهَا ، أَوْ أَقَامَ ^(١٢) بَيْنَةً ، لَزِمَ الْوَاصِفَ غَرَامَتُهَا ؛ لِأَنَّهُ فَوَّتَهَا عَلَى مَالِكِهَا بِتَغْرِيبِهِ ، وَلَهُ الرُّجُوعُ عَلَى مُدَّعِيهَا ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَالَ غَيْرِهِ ، وَلِصَاحِبِهَا تَضْمِينُ أَخْذِهَا ، فَإِذَا ضَمَّنَهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ . وَإِنْ لَمْ يَأْتِ أَحَدٌ يَدَّعِيهَا فَلِلْمُتَلَقِّطِ مُطَالَبَةُ أَخْذِهَا بِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَأْمَنُ ^(١٣) مَجِيءَ صَاحِبِهَا ، فَيُغَرِّمُهُ إِيَّاهَا ، وَلِأَنَّهَا أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ ، فَمَلِكٌ أَخَذَهَا مِنْ غَاصِبِهَا ، كَالْوَدِيعَةِ .

(١٢) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « بَهَا » .

(١٣) فِي مِ زِيَادَةٌ : « مِنْ » .

٩٤٣ - مسألة ؛ قال : (أَوْ مِثْلُهَا إِنْ كَانَتْ قَدْ اسْتَهْلَكَتْ)

وجملة ذلك أَنَّ اللَّقْطَةَ فِي الْحَوْلِ / أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُلتَقِطِ ، إِنْ تَلَفَتْ بِغَيْرِ تَفْرِيطِهِ أَوْ
تَقْصَتْ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، كَالْوَدِيعَةِ . وَمَتَى جَاءَ صَاحِبُهَا ، فَوَجَدَهَا أَخَذَهَا بِرِيَادَتِهَا
الْمُتَّصِلَةِ وَالْمُنْفَصِلَةِ ؛ لِأَنَّهَا نِمْاءٌ مِلْكِهِ . وَإِنْ أَتَلَفَهَا الْمُلتَقِطُ ، أَوْ تَلَفَتْ بِتَفْرِيطِهِ ،
ضَمِنَتْهَا بِمِثْلِهَا إِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ، وَبِقِيمَتِهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مِثْلٌ . لَا أَعْلَمُ فِي
هَذَا إِخْلَافًا . وَإِنْ تَلَفَتْ بَعْدَ الْحَوْلِ ، ثَبَتَ فِي ذِمَّتِهِ مِثْلُهَا أَوْ قِيمَتُهَا بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهَا
دَخَلَتْ فِي مِلْكِهِ ، وَتَلَفَتْ مِنْ مَالِهِ ، وَسَوَاءٌ قَرِطَ فِي حِفْظِهَا أَوْ لَمْ يُفَرِّطْ . وَإِنْ وَجَدَ
الْعَيْنَ نَاقِصَةً ، وَكَانَ تَقْصُصُهَا بَعْدَ الْحَوْلِ ، أَخَذَ الْعَيْنَ وَأَرَشَ تَقْصِصَهَا ؛ لِأَنَّ جَمِيعَهَا
مَضْمُونٌ إِذَا تَلَفَتْ ، فَكَذَلِكَ إِذَا تَقْصَتْ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ ^(١) الَّذِينَ حَكَمُوا
بِمِلْكِهِ لَهَا بِمُضِيِّ حَوْلِ التَّعْرِيفِ ، وَأَمَّا مَنْ قَالَ : لَا يَمْلِكُهَا حَتَّى يَتَمَلَّكَهَا . لَمْ يُضْمَنْهُ
إِيَّاهَا حَتَّى يَتَمَلَّكَهَا ، وَحُكْمُهَا قَبْلَ تَمَلُّكِهِ إِيَّاهَا حُكْمُهَا قَبْلَ مُضِيِّ حَوْلِ التَّعْرِيفِ .
وَمَنْ قَالَ : لَا تَمْلِكُ اللَّقْطَةُ بِحَالٍ . لَمْ يُضْمَنْهُ إِيَّاهَا . وَهَذَا قَالَ الْحَسَنُ ، وَالنَّحْعِيُّ ،
وَأَبُو مِجَلَزٍ ، وَالْحَارِثُ الْعُكْلِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَأَبُو يَوْسَفَ ، قَالُوا : لَا يَضْمَنُ ، وَإِنْ
ضَاعَتْ بَعْدَ الْحَوْلِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ دَلِيلَ دُخُولِهَا فِي مِلْكِهِ . وَقَالَ دَاوُدُ : إِذَا
تَمَلَّكَ الْعَيْنَ وَأَتَلَفَهَا ، لَمْ يُضْمَنْهَا . وَحَكَى ابْنُ أَبِي مُوسَى ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَوْحٌ إِلَى
مِثْلِ هَذَا الْقَوْلِ ؛ لِحَدِيثِ عِيَّاضِ بْنِ حِمَارٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « فَإِنْ جَاءَ
رَبُّهَا ، وَلَا فَهَى مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مِنْ يَشَاءُ » ^(٢) . فَجَعَلَهُ مُبَاحًا . وَقَوْلُهُ فِي حَدِيثِ أَبِي بَنْ
كَعْبٍ : « فَإِنْ جَاءَ مَنْ يَعْرِفُهَا ، وَلَا فَهَى كَسْبِيلِ مَالِكَ » ^(٣) . وَفِي حَدِيثِ زَيْدٍ :
« فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَلَا فَشَأْنُكَ بِهَا » ^(٤) . وَرَوَى : « فَهَى لَكَ » . وَلَمْ يَأْمُرْهُ بِرَدِّ

(١) فِي م : « الْعُلَمَاءُ » .

(٢) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٢٩٧ .

(٣) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٢٩٢ .

(٤) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٢٩٠ .

بَدَلَهَا . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَإِنْ لَمْ تُعْرِفْ فَاسْتَنْفِقْهَا ، وَلْتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ ، فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْمًا مِنْ الدَّهْرِ ، فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ »^(٥) . وَقَالَ الْأَثَرُ : قَالَ أَحْمَدُ : أَذْهَبَ إِلَى حَدِيثِ الضَّحَّاكِ بْنِ عُثْمَانَ . جَوَدَهُ ، وَلَمْ يَرَوْهُ أَحَدٌ مِثْلَ مَا رَوَاهُ : « إِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا بَعْدَ سَنَةٍ ، وَقَدْ أَنْفَقَهَا ، رَدَّهَا إِلَيْهِ »^(٦) . لِأَنَّهَا عَيْنٌ يَلْزَمُ رَدُّهَا لَوْ كَانَتْ بَاقِيَةً ، فَيَلْزَمُهُ ضَمَانُهَا إِذَا أَتَلَفَهَا ، كَمَا قَبْلَ الْحَوْلِ ، وَلِأَنَّهُ مَالٌ مَعْصُومٌ ، فَلَمْ يَجْزِ اسْقَاطُ حَقِّهِ مِنْهُ مُطْلَقًا ، كَمَا لَوْ اضْطُرَّ إِلَى مَالٍ غَيْرِهِ . وَإِنْ وَجَدَ الْعَيْنَ زَائِدَةً بَعْدَ الْحَوْلِ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً ، أَخَذَهَا بِزِيَادَتِهَا ؛ لِأَنَّهَا تَتَّبِعُ فِي الرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَالْإِقَالَةِ ، فَتَبَعَتْ هُنَا . وَإِنْ حَدَثَ بَعْدَ الْحَوْلِ لَهَا نَمَاءٌ مُنْفَصِلٌ ، فَهُوَ لِلْمُلْتَقِطِ ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مِلْكِهِ مُتَمَيِّزٌ لَا يَتَّبِعُ فِي / الفُسُوحِ ، فَكَانَ لَهُ ، كَنَمَاءِ الْمَبِيعِ إِذَا رُدَّ بِعَيْبٍ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِيهِ وَجْهًا آخَرَ ، بِنَاءً عَلَى الْمُفْلِسِ إِذَا اسْتَرْجَعَتْ مِنَ الْعَيْنِ بَعْدَ أَنْ زَادَتْ زِيَادَةً مُتَمَيِّزَةً ، وَالْوَلَدَ إِذَا اسْتَرْجَعَ أَبُوهُ مَا وَهَبَهُ^(٧) لَهُ بَعْدَ زِيَادَتِهِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ الزِّيَادَةَ لِلْمُلْتَقِطِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَكَذَلِكَ الصَّحِيحُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ اللَّذَيْنِ ذَكَرَهُمُ^(٨) أَنَّ الزِّيَادَةَ لِمَنْ حَدَثَتْ فِيهِ مِلْكُهُ . ثُمَّ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ فِي مَسَائِلِنَا يَضْمَنُ النِّقْصَ ، فَتَكُونُ لَهُ الزِّيَادَةُ ، لِيَكُونَ الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ ، وَتَمَّ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، فَأَمَّا كَيْفَ لَا يَكُونُ الْخَرَاجُ لَهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَمَتَى اخْتَلَفَا فِي الْقِيَمَةِ أَوْ الْمِثْلِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُلتَقِطِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ مِمَّا حَلَفَ عَلَيْهِ .

فصل : وَإِنْ وَجَدَ الْعَيْنَ بَعْدَ خُرُوجِهَا مِنْ مِلْكِ الْمُلتَقِطِ بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ نَحْوِهِمَا ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا ، وَلَوْ أَخَذُ بَدْلَهَا ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ الْمُلتَقِطُ وَقَعَ صَحِيحًا ؛ لَكُونِهَا صَارَتْ فِي مِلْكِهِ . وَإِنْ صَادَفَهَا قَدْ رَجَعَتْ إِلَى الْمُلتَقِطِ بِفَسْخٍ أَوْ شِرَاءٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، فَلَوْ أَخَذَهَا ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ فِي يَدِ الْمُلتَقِطِ ، فَكَانَ لَهُ أَخْذُهَا ، كَالزَّوْجِ إِذَا طَلَّقَ

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٠ .

(٦) أخرجه البيهقي ، في : باب اللقطة يأكلها الغنى والفقير ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ١٨٦/٦ .

(٧) في م : « وهب » .

(٨) كذا على الجمع .

قَبْلَ الدُّخُولِ فَوَجَدَ الصَّدَاقَ قَدْ رَجَعَ إِلَى الْمَرْأَةِ . وَسَائِرُ أَحْكَامِ الرُّجُوعِ هُنَا
كَحُكْمِ رُجُوعِ الزَّوْجِ ، عَلَى مَا نَذَكَّرُهُ فِي مَوْضِعِهِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : إِذَا أَخَذَ اللَّقْطَةَ ، ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَوْضِعِهَا ، ضَمِنَهَا . رُويَ ذَلِكَ عَنْ طَاوُسٍ .
وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِمَا رَوَى الْأَثَرِيُّ ، عَنْ الْقَعْنَبِيِّ ، عَنْ
مَالِكٍ ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَّارٍ ، عَنْ ثَابِتِ بْنِ الضَّحَّاكِ ، عَنْ
عَمْرِ ، أَنَّهُ قَالَ لِرَجُلٍ وَجَدَ بَعِيرًا : أَرْسِلْهُ حَيْثُ وَجَدْتَهُ ^(٩) . وَلِمَا رَوَى عَنْ جَرِيرِ بْنِ
عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّهُ رَأَى فِي بَقَرِهِ بَقْرَةً قَدْ لَحِقَتْ بِهَا ، فَأَمَرَ بِهَا فَطْرِدَتْ حَتَّى تَوَارَتْ ^(١٠) .
وَلَنَا : أَنَّهَا أَمَانَةٌ حَصَلَتْ فِي يَدِهِ ، فَلَزِمَهُ حِفْظُهَا ، فَإِذَا ضَيَّعَهَا لَزِمَهُ ضَمَانُهَا . كَمَا لَوْ ضَيَّعَ
الْوَدِيعَةَ . وَلَئِنْهَا لَمَّا حَصَلَتْ فِي يَدِهِ ، لَزِمَهُ حِفْظُهَا ، وَتَرَكُهَا تَضْيِيعُهَا . فَأَمَّا حَدِيثُ
عَمْرِ ، فَهُوَ فِي الضَّالَّةِ الَّتِي لَا تَحِلُّ . فَأَمَّا مَا لَا يَحِلُّ التِّقَاطُ إِذَا أَخَذَهُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ لَهُ
رَدُّهُ إِلَى مَكَانِهِ ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ لِهَذِهِ الْأَثَارِ ، وَلَئِنْ كَانَ وَاجِبًا عَلَيْهِ تَرْكُهُ فِي مَكَانِهِ
إِتِّدَاءً ، فَكَانَ لَهُ ذَلِكَ بَعْدَ أَخْذِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَتَرَأَّى مِنْ ضَمَانِهِ بَرْدُهُ ، لَئِنْ ^(١١) دَخَلَ
فِي ضَمَانِهِ ، فَلَمْ يَتَرَأَّى مِنْ ضَمَانِهِ بَرْدُهُ إِلَى مَكَانِهِ ، كَالْمَسْرُوقِ وَمَا يَجُوزُ التِّقَاطُ ، فَعَلَى
هَذَا لَا يَتَرَأَّى إِلَّا بِرَدِّهِ إِلَى الْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ . وَأَمَّا عَمْرٌ فَهُوَ كَانَ الْإِمَامَ ، فَإِذَا أَمَرَ بِرَدِّهِ كَانَ
كَأَخْذِهِ مِنْهُ . وَحَدِيثُ جَرِيرٍ لَا حُجَّةَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ الْبَقْرَةَ ، وَلَا أَخَذَهَا غَلَامُهُ ،
إِنَّمَا لَحِقَتْ بِالْبَقَرِ مِنْ غَيْرِ فَعْلِهِ وَلَا اخْتِيَارِهِ .

(٩) أَخْرَجَهُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ الْقَضَاءِ مِنَ الضَّوَالِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . الْمُوطَأُ ٢/٧٥٩ .
كَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَجِدُ ضَالَّةً ... ، مِنْ كِتَابِ اللَّقْطَةِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٦/١٩١ . وَابْنُ أَبِي
شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ مَنْ كَرِهَ أَخْذَ اللَّقْطَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ وَالْأَقْضِيَةِ . الْمُصَنَّفُ ٦/٤٦٦ . وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي :
كِتَابِ اللَّقْطَةِ . الْمُصَنَّفُ ١٠/١٣٣ .
وَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ بِمَعْنَاهُ : كِتَابُ اللَّقْطَةِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ١/٣٩٩ . وَانْظُرْ تَخْرِيجَ حَدِيثِ : « لَا يُؤْوَى الضَّالَّةُ
إِلَّا ضَالًا » فِي صَفْحَةِ ٣٣٨ .
(١٠) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : كِتَابِ اللَّقْطَةِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ١/٣٩٩ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ ضَالَّةِ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ
وَالْغَنَمِ ، مِنْ كِتَابِ اللَّقْطَةِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٢/٨٣٦ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤/٣٦٢ .
(١١) فِي : « فَإِنَّهُ » .

فصل : وإن ضاعت اللقطة من ملّقتها بغير تفريط ، فلا ضمان عليه ؛ لأنها أمانة في يده ، فأشبهت الوديعة . فإن التّقطها آخر ، فعرف أنّها ضاعت من الأول ، فعليه ردّها إليه ؛ لأنه قد ثبت له حقّ التّمولّ وولاية التعرّيف والحفظ ، فلا يزول ذلك بالضّياع . فإن لم يعلم الثاني بالحال حتى عرفها حوّلًا ، ملكها ؛ لأن^(١٢) سبب الملك وجد منه من غير عدوّان ، فيثبت الملك به كالأول ، ولا يملك الأول انتزاعها ؛ لأنّ الملك مقدّم على حقّ التّمليك ، وإذا جاء صاحبها فله أخذها من الثاني ، وليس له مطالبة الأول ؛ لأنه لم يفرط . وإن علّم الثاني بالأول ، فردّها إليه ، فأبى أخذها ، وقال : عرفها أنت . فعرفها ، ملكها أيضًا ؛ لأنّ الأول ترك حقّه فسقط . وإن قال : عرفها ، ويكون ملكها لي . ففعل ، فهو مستنيب له في التعرّيف ، ويملكها الأول ؛ لأنه وكلّه في التعرّيف ، فصحّ ، كما لو كانت في يد الأول . وإن قال : عرفها ، وتكون بيننا . ففعل ، صحّ أيضًا ، وكانت بينهما ؛ لأنه أسقط حقّه من نصفها ، وكلّه في الباقي . وإن قصد الثاني بالتعرّيف تملكها لنفسه دون الأول ، احتمل وجهين ؛ أحدهما ، يملكها^(١٣) ؛ لأنّ سبب الملك وجد منه ، فملكها ، كما لو أذن له الأول في تعرّيفها لنفسه . والثاني ، لا يملكها ؛ لأنّ ولاية التعرّيف للأول ، أشبه ما لو غصبها من الملتقط غاصب فعرفها . وكذلك الحكم إذا علّم الثاني بالأول فعرفها ، ولم يعلمه^(١٤) بها . ويشبه هذا المتحجّر في الموات إذا سبقه غيره إلى ما حجّره ، فأخياه بغير إذنه . فأمّا إن غصبها غاصب من الملتقط ، فعرفها ، لم يملكها ، وجهها واحد ؛ لأنه معتدّ بأخذها ولم يوجد منه^(١٥) سبب تملكها ، فإنّ الالتقاط من جملة السبب ، ولم يوجد منه . ويفارق هذا ما إذا التقطها ثانٍ ، فإنه وجد منه الالتقاط والتعرّيف .

(١٢) في الأصل زيادة : « حق » .

(١٣) في الأصل زيادة : « الثاني » .

(١٤) في الأصل : « يعلم » .

(١٥) سقط من : الأصل .

فصل : وَمِنْ اصْطَادَ سَمَكَةً ، فَوَجَدَ فِيهَا دُرَّةً ، فَهِيَ لِلصَّيَّادِ ؛ لِأَنَّ الدُّرَّ يَكُونُ فِي الْبَحْرِ ، بِدَلِيلِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَتَسْتَخْرِجُونَ مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا ﴾ ^(١٦) . فَتَكُونُ لَا حِذَّهَا ، فَإِنْ بَاعَهَا الصَّيَّادُ وَلَمْ يَعْلَمْ ، فَوَجَدَهَا الْمُشْتَرِي فِي بَطْنِهَا ، فَهِيَ لِلصَّيَّادِ . نَصُّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ مَا فِي بَطْنِهَا فَلَمْ يَبْعُهُ ، وَلَمْ يَرْضَ بِزَوَالِ مِلْكِهِ عَنْهُ ، فَلَمْ يَدْخُلْ فِي الْبَيْعِ ، كَمَنْ بَاعَ دَارَ آلِهِ مَالَ مَذْفُونٍ/ فِيهَا . وَإِنْ وَجَدَ فِي بَطْنِهَا عَتَبَةً ^{١٩١/٥} أَوْ شَيْئًا مِمَّا يَكُونُ فِي الْبَحْرِ ، فَهِيَ لِلصَّيَّادِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْجَوْهَرَةِ . وَإِنْ وَجَدَ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ ، فَهِيَ لِقِطْعَةٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُخْلَقُ فِي الْبَحْرِ ، وَلَا يَكُونُ إِلَّا لَادِمِيٍّ ، فَيَكُونُ لِقِطْعَةٍ ، كَالْوَجَدِ فِي الْبَحْرِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الدُّرَّةِ إِذَا كَانَ فِيهَا أَثَرُ لَادِمِيٍّ ، مِثْلُ أَنْ تَكُونَ مَثْقُوبَةً أَوْ مُتَّصِلَةً بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ أَوْ غَيْرِهِمَا ، فَإِنَّهَا تَكُونُ لِقِطْعَةٍ لَا يَمْلِكُهَا الصَّيَّادُ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَقَعْ فِي الْبَحْرِ حَتَّى تَثْبُتَ الْيَدُ عَلَيْهَا ، فَهِيَ كَالدَّنَانِيرِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْعَتَبَةِ إِذَا كَانَتْ مَوْصُولَةً بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ ، أَوْ مَصْنُوعَةً ، كَالْتَفَاحَةِ مَثْقُوبَةً ، وَخَوْرَ ذَلِكَ مِمَّا لَا يُخْلَقُ عَلَيْهِ فِي الْبَحْرِ ، فَهِيَ لِقِطْعَةٍ . وَإِنْ وَجَدَهَا الصَّيَّادُ فَعَلِيهِ تَعْرِيفُهَا ؛ لِأَنَّهُ مُلْتَقِطُهَا ، وَإِنْ وَجَدَهَا الْمُشْتَرِي ، فَالتَّعْرِيفُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ وَاجِدُهَا ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى الْبِدَايَةِ بِالْبَائِعِ ، فَإِنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ السَّمَكَةُ ابْتَلَعَتْ ذَلِكَ بَعْدَ اصْطِيَادِهَا وَمِلْكِ الصَّيَّادِ لَهَا ، فَاسْتَوَى هُوَ وَغَيْرُهُ . فَأَمَّا إِنْ اشْتَرَى شَاةً ، وَوَجَدَ فِي بَطْنِهَا دُرَّةً أَوْ عَتَبَةً أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ ، فَهِيَ لِقِطْعَةٍ يَعْرِفُهَا ، وَيَبْدَأُ بِالْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ ابْتَلَعَتْهَا مِنْ ^(١٧) مِلْكِهِ فَيَبْدَأُ بِهِ ، كَقَوْلِنَا فِي مُشْتَرَى الدَّارِ إِذَا وَجَدَ فِيهَا مَالًا مَذْفُونًا . وَإِنْ اصْطَادَ السَّمَكَةَ مِنْ غَيْرِ الْبَحْرِ ، كَالنَّهْرِ وَالْعَيْنِ ، فَحُكْمُهَا حُكْمُ الشَّاةِ ، فِي أَنَّ مَا وَجَدَ فِي بَطْنِهَا مِنْ ذَلِكَ فَهُوَ لِقِطْعَةٍ ، دُرَّةٌ كَانَتْ أَوْ غَيْرَهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي الْبَحْرِ بِحُكْمِ الْعَادَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ الدُّرَّةُ لِلصَّيَّادِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَمِنْ كُلِّ ثَأْكُلٍ لَحْمًا طَرِيًّا وَتَسْتَخْرِجُونَ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا ﴾ .

(١٦) سورة فاطر ١٢ .

(١٧) في م : ١٠ في .

فصل : وإن وَجَدَ عَنبَرَةً عَلَى سَاحِلِ الْبَحْرِ ، فَهِيَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ الْبَحْرُ أَلْقَاهَا ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ الْمِلْكِ فِيهَا ، فَكَانَتْ مُبَاحَةً لِأَخِيذِهَا ، كَالصَّيْدِ . وَقَدْ رَوَى سَعِيدٌ ، قَالَ : حَدَّثَنَا إِسْمَاعِيلُ بْنُ عِيَّاشٍ ، عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَمْرٍو الْعَبْدِيِّ ^(١٨) ، قَالَ : أَلْقَى بَحْرُ عَدَنَ عَنبَرَةً مِثْلَ الْبَعِيرِ ، فَأَخَذَهَا نَاسٌ بِعَدَنَ . فَكُتِبَ إِلَى عَمْرِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، فَكُتِبَ إِلَيْنَا ، أَنْ نَخْذُوا مِنْهَا الْخُمْسَ ، وَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ سَائِرَهَا ، وَإِنْ بَاعُوا كُفُّوا عَنْهَا ، فَاشْتَرَوْهَا . فَأَرَدْنَا أَنْ نَرِزَّهَا فَلَمْ نَجِدْ مِيزَانًا يُخْرِجُهَا ، فَقَطَعْنَاهَا اثْنَيْنِ ، وَوَزَنَّاها ، فَوَجَدْنَاهَا سِتِّمِائَةَ رَاطِلٍ ، فَأَخَذْنَا خُمْسَهَا ، وَدَفَعْنَا سَائِرَهَا إِلَيْهِمْ ، ثُمَّ اشْتَرَيْنَاهَا بِخُمْسَةِ آلَافٍ دِينَارٍ ، وَبَعَثْنَا بِهَا إِلَى عَمْرِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، فَلَمْ يَلْبَثْ إِلَّا قَلِيلًا حَتَّى بَاعَهَا بِثَلَاثَةِ وَثَلَاثِينَ أَلْفَ دِينَارٍ .

فصل : وإن صَادَ غَزَالًا ، فَوَجَدَهُ مَخْضُوبًا ، أَوْ فِي عُنُقِهِ جِرْزٌ ، أَوْ فِي أُذُنِهِ قُرْطٌ ، وَخَوَ ذَلِكَ مِمَّا يَدُلُّ عَلَى ثُبُوتِ / الْيَدِ عَلَيْهِ ، فَهُوَ لِقِطْعَةٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ كَانَ مَمْلُوكًا . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ أَلْقَى شَبَكَةً فِي الْبَحْرِ ، فَوَقَعَتْ فِيهَا سَمَكَةٌ ، فَجَذَبَتْ الشَّبَكَةَ ، فَمَرَّتْ بِهَا فِي الْبَحْرِ ، فَصَادَهَا رَجُلٌ ، فَإِنَّ السَّمَكَةَ لِلَّذِي حَازَهَا ، وَالشَّبَكَةَ يُعْرِفُهَا وَيُدْفَعُهَا إِلَى صَاحِبِهَا . فَجَعَلَ الشَّبَكَةَ لِقِطْعَةٍ ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لَا دَمِيٍّ ، وَالسَّمَكَةَ لِمَنْ صَادَهَا ؛ لِأَنَّهَا كَانَتْ مُبَاحَةً وَلَمْ يَمْلِكْهَا صَاحِبُ الشَّبَكَةِ ، لَكُونَ شَبَكَتِهِ لَمْ تُثَبِّتْهَا ، فَبَقِيََتْ عَلَى الْإِبَاحَةِ ، وَهَكَذَا لَوْ نَصَبَ فَخًّا أَوْ شَرَكًا ، فَوَقَعَ فِيهِ صَيْدٌ مِنْ صِيُودِ الْبَرِّ ، فَأَخَذَهُ وَذَهَبَ بِهِ ، وَصَادَهُ آخَرُ ، فَهُوَ لِمَنْ صَادَهُ ، وَيُرَدُّ الْآلَةُ إِلَى صَاحِبِهَا ، فَهِيَ لِقِطْعَةٍ يُعْرِفُهَا . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ انْتَهَى إِلَى شَرَكٍ فِيهِ حِمَارٌ وَخَشِرٌ ، أَوْ ظَبْيَةٌ ، قَدْ شَارَفَ الْمَوْتَ ، فَخَلَّصَهُ وَذَبَحَهُ : هُوَ لِصَاحِبِ الْأُخْبُولَةِ ، وَمَا كَانَ مِنَ الصَّيْدِ فِي الْأُخْبُولَةِ فَهُوَ لِمَنْ نَصَبَهَا ، وَإِنْ كَانَ بَازِيًّا أَوْ صَقْرًا أَوْ عُقَابًا . وَسُئِلَ عَنْ بَازِيٍّ أَوْ صَقْرٍ أَوْ كَلْبٍ مُعَلِّمٍ أَوْ فَهْدٍ ، ذَهَبَ عَنْ صَاحِبِهِ ، فَدَعَاهُ فَلَمْ يُجِبْهُ ، وَمَرَّ فِي الْأَرْضِ حَتَّى أَتَى لَذَلِكَ

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « الْعَبْدِيُّ » .

أيام ، فأتى قريةً ، فسقط على حائط ، فدعاه رجل فأجابه ؟ قال : يرُدُّه على صاحبه . قيل له : فإن دعاه فلم يجبه فنصب له شركاً فصاده به ؟ قال : يرُدُّه على صاحبه . فجعل هذا الصاحبه ؛ لأنه قد ملكه ، فلم يزل ملكه عنه بذهابه عنه ، والسّمكة في الشبكة ، لم يكن ملكها ولا حازها ، وكذلك جعل ما وقع في الحُبولة من البازي والصُفْر والعقاب لصاحب الحُبولة ، ولم يجعله ههنا لمن وقع في شركه ؛ لأن^(١٩) هذا فيما عِلِمَ أنه قد كان مملوكاً لإنسان فذهب ، وإنما عِلِمَ هذا بالخبر ، أو بوجود ما يدلُّ على الملك فيه ، مثل وجود السير في رجله ، أو آثار التعليم^(٢٠) ، مثل استجابته للذي يدعوه ، ونحو ذلك . ومتى لم يوجد ما يدلُّ على أنه مملوك ، فهو لمن اضطاده ؛ لأن الأصل عدم الملك فيه وإباحته .

فصل : ومن أخذت ثيابه من الحمام ، وجَدَ بدلها ، أو أخذ مداسه ، وترك له بدله ، لم يملكه بذلك . قال أبو عبد الله ، في من سرقت ثيابه وجَدَ غيرها : لم يأخذها ، فإن أخذها عرفها سنةً ، ثم تصدَّق بها . إنما قال ذلك ؛ لأن سارق الثياب لم تجر بينه وبين مالِكها معاوضةً تقتضي زوال ملكه عن ثيابه ، فإذا أخذها فقد أخذ مال غيره ، ولم يعرف صاحبه ، فيعرفه كاللقطة . ويَحْتَمِلُ أن ينظر في هذا ، فإن كانت ثم قرينة تدلُّ على السرقة ، بأن تكون ثيابه أو مداسه خيراً من المتروكة ، وكانت ١٩٢/٥ ظ مملاً لا تشبهه على الآخذ بثيابه ومداسه ، فلا حاجة إلى التعريف ؛ لأن التعريف إنما جعل^(٢١) في المال الضائع عن ربّه ، ليعلم به ويأخذها ، وتارك هذا عالم به راضٍ ببذله عوضاً عما أخذها ، ولا يعتزُّف أنه له ، فلا يحصل في تعريفه فائدة ، فإذا ليس هو بمنصوص عليه ، ولا في معنى المنصوص ، وفيما يصنع بها ثلاثة أوجه ؛ أحدها ، أنه يتصدَّق بها على ما ذكرنا . الثاني ، أنه يباح له أخذها ؛ لأن صاحبها في الظاهر تركها له باذلاً إياها له عوضاً عما أخذها ، فصار كالْمَبِيحِ له أخذها بلسانه ، فصار كمن قهر

(١٩) في الأصل : « لأنه » .

(٢٠) في م : « التعلم » .

(٢١) في الأصل : « يجعل » .

إنساناً على أخذ ثوبه ، ودفع إليه درهمًا . الثالث ، أنه يرفعها إلى الحاكم ، ليبيعها ، ويدفع إليه ثمنها عوضاً عن ماله . والوجه الثاني أقرب إلى الرفق بالناس ؛ لأن فيه نفعاً لمن سرق ثيابه ، بحصول عوض عنها ، ونفعاً للسارق بالتخفيف عنه من الإثم ، وحفظاً لهذه الثياب المتروكة من الضياع ، وقد أباح بعض أهل العلم لمن له على إنسان حق من دين أو غصب ، أن يأخذ من مال من عليه الحق بقدر ما عليه ، إذا عجز عن (٢٢) استيفائه بغير ذلك ، فهنا مع رضا من عليه الحق بأخذه أولى . وإن كانت ثم قرينة دالة على أن الآخذ للثياب إنما أخذها ظناً منه أنها ثيابه ، مثل أن تكون المتروكة خيراً من المأخوذة أو مثلها ، وهي ممّا (٢٣) تشبه بها ، فينبغي أن يعرفها ههنا ؛ لأن صاحبها لم يتركها عمداً ، فهي بمنزلة الضائعة منه . والظاهر أنه إذا علم بها ، أخذها ورد ما كان أخذه ، فتصير كاللقطة في المعنى ، وبعد التعريف إذا لم تعرف ، ففيها الأوجه التي ذكرناها ، إلا أننا إذا قلنا يأخذها أو يبيعها الحاكم ويدفع إليه ثمنها ، فإنما يأخذ بقدر قيمة ثيابه ، لا يزيد عليها ؛ لأن الزائد فاضل عما يستحقه ، ولم يرض صاحبها بتركها عوضاً عما أخذ ، فإنه لم يأخذ غيرها اختياراً منه لتركها ، ولا رضى بالمعاوضة بها . وإذا قلنا : إنه يدفعها إلى الحاكم ليبيعها ، ويدفع إليه ثمنها . فله أن يشتريها بثمن في ذمته ، ويسقط عنه من ثمنها ما قابل ثيابه ، ويتصدق بالباقي . والله أعلم .

فصل : قال أحمد ، في من عنده رهون ، قد أتى عليها زمان لا يعرف صاحبها : يبيعها ، ويتصدق بثمنها ، فإن جاء صاحبها غريمها . وهذا محمول على من استوفى ديوته التي رهن الرهن بها ، فأما من لم يستوف دينه ، فإن كان قد أدن له في بيعها ،

و ١٩٣/٥

(٢٢) سقط من م .

(٢٣) في م : « وما » .

باعها ، واستوفى دينه من ثمنها ، وتصدق بالباقي ، وإن لم يكن إذن له في بيعها ، رفعها إلى الحاكم لبيعها ، ويقضيه^(٢٤) حقه من ثمنها ، ويتصدق بباقيها .

فصل : نقل الفضل بن زياد ، عن أحمد ، إذا تنازع صاحب الدار والساكين في دفن في الدار ، فقال كل واحد منهما : أنا دفنته . بين^(٢٥) كل واحد منهما ما الذي دفن ، فكل من أصاب الوصف فهو له ، وذلك لأن ما يوجد في الأرض من الدفن مما عليه علامة المسلمين ، فهو لقطة ، واللقطة تستحق بوصفها ، ولأن المصيب للوصف في الظاهر هو من كان ذلك في يده ، فكان أحق به ، كما لو تنازعه أجنبيان ، فوصفه أحدهما .

فصل : ومن وجد لقطة في دار الحرب ، فإن كان في الجيش ، فقال أحمد : يعرفها سنة في دار الإسلام ، ثم يطرحها في المقيم^(٢٦) . إنما عرفها في دار الإسلام ؛ لأن أموال أهل الحرب مباحة ، ويجوز أن تكون لمسلم ، ولأنه قد لا يمكنه المقام في دار الحرب لتعريفها . ومعناه - والله أعلم - يتمم التعريف في دار الإسلام ، فأما ابتداء التعريف فيكون في الجيش الذي هو فيه ؛ لأنه يحتمل أن تكون لأحدهم ، فإذا قلل أتم التعريف في دار الإسلام . فأما إن كان دخل دارهم بأمان ، فيتبني أن يعرفها في دارهم ؛ لأن أموالهم محرمة عليه ، فإذا لم تعرف ، ملكها كما يملكها في دار الإسلام . وإن كان في الجيش ، طرحها في المقيم بعد التعريف ؛ لأنه وصل إليها بقوة الجيش ، فأشبهت مباحات دار الحرب إذا أخذ منها شيئاً . وإن دخل إليهم

(٢٤) في م : ويقضه .

(٢٥) في الأصل : بين .

(٢٦) في الأصل : القسم .

مُتَلَصِّصًا ، فَوَجَدَ لُقْطَةً ، عَرَّفَهَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ؛ لِأَنَّ أَمْوَالَهُمْ مُبَاحَةٌ لَهُ ، ثُمَّ يَكُونُ حُكْمُهَا حُكْمَ غَنِيمَتِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ غَنِيمَةً لَهُ ، لَا تَحْتَاجُ إِلَى تَعْرِيفٍ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهَا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ، وَأَمْوَالُهُمْ غَنِيمَةٌ .

٩٤٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ الْمُتَلَقِّطُ قَدْ مَاتَ ، فَصَاحِبُهَا غَرِيمٌ بِهَا)

وجملة ذلك أن المتلقِّط إذا مات ، واللُّقْطَةُ مَوْجُودَةٌ بَعَيْنِهَا ، قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ فِي إِثْمَامِ تَعْرِيفِهَا إِنْ مَاتَ قَبْلَ الْحَوْلِ ، وَيَمْلِكُهَا بَعْدَ إِثْمَامِ التَّعْرِيفِ ، فَإِنْ مَاتَ بَعْدَ الْحَوْلِ ، وَرِثَهَا الْوَارِثُ ، كَسَائِرِ أَمْوَالِ الْمَيِّتِ ، وَتَمَّى جَاءَ صَاحِبُهَا ، أَخَذَهَا مِنَ الْوَارِثِ ، كَمَا يَأْخُذُهَا مِنَ الْمَوْرُوثِ ، فَإِنْ كَانَتْ مَعْدُومَةً الْعَيْنِ ، فَصَاحِبُهَا غَرِيمٌ لِلْمَيِّتِ بِمِثْلِهَا إِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ، أَوْ بَقِيَّتِهَا إِنْ لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ ، فَيَأْخُذُ ذَلِكَ مِنْ تَرِكَّتِهِ / إِنْ اتَّسَعَتْ لِدَكَ ، وَإِنْ ضَاقَتْ التَّرَكَّةُ زَاخَمَ الْغَرْمَاءُ بِبَدْلِهَا ، سَوَاءٌ تَلَفَتْ بَعْدَ الْحَوْلِ بِفِعْلِهِ أَوْ بغيرِ فِعْلِهِ ؛ لِأَنَّهَا قَدْ دَخَلَتْ فِي مِلْكِهِ بِمُضِيِّ الْحَوْلِ . وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهَا تَلَفَتْ قَبْلَ الْحَوْلِ بِغيرِ تَفْرِيطِهِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَلَا شَيْءَ لِصَاحِبِهَا ؛ لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ تَلَفَتْ بِغيرِ تَفْرِيطِهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَالْوَدِيعَةِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ تَلَفَتْ بَعْدَ الْحَوْلِ قَبْلَ تَمْلِكِهَا مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ ، عَلَى رَأْيٍ مِنْ رَأْيِ أَنَّهَا لَا تَدْخُلُ فِي مِلْكِهِ حَتَّى يَتَمَلَّكَهَا . وَقَدْ مَضَى الْكَلَامُ فِي ذَلِكَ . فَأَمَّا إِنْ لَمْ يَعْلَمْ تَلَفُهَا ، وَلَمْ يَجِدْهَا ^(١) فِي تَرِكَّتِهِ ^(٢) ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ أَنَّ صَاحِبَهَا غَرِيمٌ بِهَا ، سَوَاءٌ كَانَ قَبْلَ الْحَوْلِ أَوْ بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بِقَاوُهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَلْزَمَ الْمُتَلَقِّطُ شَيْءٌ ، وَيَسْقُطُ حَقُّ صَاحِبِهَا ، لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّةِ الْمُتَلَقِّطِ مِنْهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ قَدْ ^(٣) تَلَفَتْ بِغيرِ تَفْرِيطِهِ ، فَلَا تُشْغَلُ ذِمَّتُهُ بِالشُّكِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْمَوْتُ قَبْلَ الْحَوْلِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا كَانَتْ أَمَانَةً عِنْدَهُ ، وَلَمْ تَعْلَمْ جَنَائِثُهُ فِيهَا ، وَالْأَصْلُ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ مِنْهَا . وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ الْحَوْلِ ، فَهِيَ فِي تَرِكَّتِهِ ؛

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : م .

لأن الأصل بقاؤها إلى ما بعد الحول ، ودخولها في ملكه ، ووجوب بدلها عليه . فإن قيل : فقد قلتم إن صاحبها لو جاء (بعد بيع ^٣) الملتقط لها ، أو هبته ، لم يكن له إلا بدلها ، فلم قلتم إنها إذا انتقلت إلى الوارث يملك صاحبها أخذها ؟ قلنا : لأن الوارث خليفة الموروث ، وإنما يثبت له الملك فيها على الوجه الذي كان ثابتاً لموروثه ، ومملك موروثه فيها كان مراعاة مشروطاً بعدم مجيء صاحبها ، فكذلك ملك وارثه ، بخلاف ملك المشتري والمتهب ، فإنهما يملكان ملكاً مستقراً .

٩٤٥ - مسألة ؛ قال : (وإن كان صاحبها جعل لمن وجدها شيئاً مغلولاً ، فله أخذه إن كان اتفقطها بعد أن بلغه الجعل)

وجملة ذلك أن الجعالة في رد الضالة والآبق وغيرهما جائزة . وهذا قول أبي حنيفة ، ومالك ، والشافعي . ولا تعلم فيه مخالفاً . والأصل في ذلك قول الله عز وجل : ﴿ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ ^(١) . وروى أبو سعيد ، أن ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ ، أتوا حياً من أحياء العرب ، فلم يقرؤهم ، فبينما هم كذلك إذ لدغ سيّد أولئك ، فقالوا : هل فيكم راقٍ ؟ فقالوا : لم تقرؤنا ، فلا نفعل حتى نجعلوا لنا جعلاً . فجعلوا لهم قطيع شياه ، فجعل رجل يقرأ بأثم القرآن ، ويجمع بزاقه ويتفل ، فبرأ الرجل ، فأتوهم بالشاء ، فقالوا : لا تأخذوها حتى نسأل عنها رسول الله ﷺ . فسألوا النبي ﷺ ، فقال : « وما أذكرك أنها رقية ؟ خذوها ، واضربوا إلى معكم بسهم » . رواه البخاري ^(٢) . ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، فإن العمل قد يكون مجهولاً ، كرد الآبق والضالة ونحو ذلك ، ولا تنعقد الإجارة فيه ، والحاجة داعية إلى ردّها ، وقد لا يجد من يتبرع به ، فدعت الحاجة إلى إباحة بذل الجعل فيه ، مع جهالة العمل ؛ لأنها غير لازمة ، بخلاف الإجارة ، ألا ترى أن الإجارة لما كانت لازمة ، افتقرت إلى تقدير مدة ، والعقود الجائزة كالشركة والوكالة لا يجب تقدير مدتها ، ولأن الجائزة لكل واحد منهما أثرها ، فلا يؤدي إلى أن يلزمه مجهول عنده ،

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(١) سورة يوسف ٧٢ .

(٢) تقدم تحريجه في صفحة ١٣٧ .

بِخِلَافِ اللَّازِمَةِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِذَا قَالَ : مَنْ رَدَّ عَلَى ضَالَّتِي أَوْ عَبْدِي الْآبِقِ ، أَوْ
خَاطَ لِي هَذَا الْقَمِيصَ ، أَوْ بَنَى لِي هَذَا الْحَائِطَ ، فَلَهُ كَذَا وَكَذَا . صَحَّ ، وَكَانَ عَقْدًا
جَائِزًا ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الرُّجُوعُ فِيهِ قَبْلَ حُصُولِ الْعَمَلِ . لَكِنْ إِنْ رَجَعَ الْجَاعِلُ قَبْلَ
التَّلَبُّسِ بِالْعَمَلِ ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ التَّلَبُّسِ بِهِ ، فَعَلِيهِ لِلْعَامِلِ أَجْرُهُ مِثْلُهُ ؛
لَأَنَّهُ إِثْمًا عَمِلَ بِعَوَضٍ ، فَلَمْ يُسَلِّمْ لَهُ . وَإِنْ فَسَخَ الْعَامِلُ قَبْلَ إِمْتَامِ الْعَمَلِ ، فَلَا شَيْءَ
لَهُ ؛ لَأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّ نَفْسِهِ ، حَيْثُ لَمْ يَأْتِ بِمَا شَرَطَ عَلَيْهِ الْعَوَضُ ، وَيَصِيرُ كَعَامِلِ
الْمُضَارَبَةِ إِذَا فَسَخَ قَبْلَ ظُهُورِ الرَّبْحِ . وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْعَوَضُ مَعْلُومًا . وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ
وَبَيْنَ الْعَمَلِ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى كَوْنِ الْعَمَلِ مَجْهُولًا ، بَأَن
لَا يَعْلَمُ مَوْضِعَ الضَّالَّةِ وَالْآبِقِ ، وَلَا حَاجَةَ تَدْعُو^(٣) إِلَى جَهَالَةِ الْعَوَضِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ
الْعَمَلَ لَا يَصِيرُ لَازِمًا ، فَلَمْ يَجِبْ كَوْنُهُ مَعْلُومًا ، وَالْعَوَضُ يَصِيرُ لَازِمًا بِإِمْتَامِ الْعَمَلِ ،
فَوَجِبَ كَوْنُهُ مَعْلُومًا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَحْوَزَ الْجَعَالَةُ مَعَ جَهَالَةِ الْعَوَضِ ، إِذَا كَانَتِ الْجَهَالَةُ
لَا تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي الْآبِقِ فَلَهُ نِصْفُهُ ، وَمَنْ رَدَّ ضَالَّتِي فَلَهُ
ثُلُثُهَا . فَإِنَّ أَحَدًا قَالَ : إِذَا قَالَ الْأَمِيرُ فِي الْعَزْوِ : مَنْ جَاءَ بِعَشْرَةِ رُغُوسٍ فَلَهُ رَأْسٌ . جَازَ .
وَقَالُوا : إِذَا جَعَلَ جُجَعَلًا لِمَنْ يَدُّهُ عَلَى قَلْعَةٍ ، أَوْ طَرِيقٍ سَهْلٍ ، وَكَانَ الْجُجَعَلُ مِنْ مَالِ
الْكُفَّارِ ، جَازَ أَنْ يَكُونَ مَجْهُولًا ، كَجَارِيَةٍ يُعَيِّنُهَا الْعَامِلُ . فَيُخْرِجُ هُنَا مِثْلَهُ . فَأَمَّا
إِنْ كَانَتِ الْجَهَالَةُ تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، لَمْ تَصِحَّ الْجَعَالَةُ ، وَجْهًا وَاحِدًا . وَإِنْ كَانَ الْعَمَلُ
مَعْلُومًا ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي مِنَ الْبَصْرَةِ ، أَوْ بَنَى لِي / هَذَا الْحَائِطَ ، أَوْ خَاطَ
قَمِيصِي هَذَا ، فَلَهُ كَذَا . صَحَّ ؛ لَأَنَّهُ إِذَا صَحَّ مَعَ الْجَهَالَةِ فَمَعَ الْعِلْمُ أَوَّلَى . وَإِنْ عُلِّقَ
بِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، فَقَالَ : مَنْ رَدَّ لِي^(٤) عَبْدِي مِنَ الْعِرَاقِ فِي^(٥) شَهْرِ ، فَلَهُ دِينَارٌ . أَوْ مِنْ
خَاطِ قَمِيصِي هَذَا فِي الْيَوْمِ ، فَلَهُ دِرْهَمٌ . صَحَّ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ إِذَا جَارَتْ مَجْهُولَةٌ ، فَمَعَ

ظ ١٩٤/٥

(٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في م : د إلى .

التقدير أولى . فإن قيل : الصحيح من المذهب أن مثل هذا لا يجوز في الإجارة ، فكيف أجزأتموه في الجعالة ؟ قلنا : الفرق بينهما من وجوه ؛ أحدها ، أن الجعالة يحتمل فيها العَرَر ، ويجوز مع ^(٦) جهالة العمل والمدة ، بخلاف الإجارة . الثاني ، أن الجعالة عقد جائز ، فلا يلزمه بالدخول فيها مع العَرَر ضرر ، بخلاف الإجارة ، فإنها عقد لازم ، فإذا دخل فيها مع العَرَر ، لزمه ذلك . الثالث ، أن الإجارة إذا قدر ثبوت بمدة ، لزمه العمل في جميعها ، ولا يلزمه العمل بعدها ، فإذا جمع بين تقدير المدة والعمل ، فربما عمل قبل المدة ، فإن قلنا : يلزمه العمل في بقية المدة . فقد لزمه من العمل أكثر من المعقود عليه . وإن قلنا : لا يلزمه . فقد خلا بعض المدة من العمل ، وإن انقضت المدة قبل عمله ، فالزمناه إتمام العمل ، فقد لزمه العمل في غير المدة المعقود عليها ، وإن قلنا : لا يلزمه العمل . فما أتى بالمعقود عليه ^(٧) من العمل ^(٨) ، بخلاف مسألة ، فإن العمل الذي يستحق به الجعل هو عمل مقيد بمدة ، إن أتى به فيها استحق الجعل ، وإلا ^(٩) يلزمه شيء آخر ، وإن لم يَفِ به فيها ، فلا شيء له . إذا ثبت هذا ، فإنما يستحق الجعل من عمل العمل بعد أن بلغه ذلك ، لأنه عوض يستحق بعمل ، فلا يستحقه من لم يعمل ، كالأجر في الإجارة .

فصل : ويجوز أن يجعل الجعل في الجعالة لواحد بعينه ، فيقول له : إن رددت عبيدي فلك دينار . فلا يستحق الجعل من رده ^(١٠) سواه . ويجوز أن يجعله لغير معين ، فيقول : من رد عبيدي فله دينار . فمن رده استحق الجعل . ويجوز أن يجعل لواحد في رده شيئا معلوما ، ولآخر أكثر منه أو أقل . ويجوز أن يجعل للمعين ^(١١) عوضا ، ولسائر الناس عوضا آخر ؛ لأنه يجوز أن يكون الأجر في الإجارة مختلفا مع

(٦) سقط من : م .

(٧ - ٨) سقط من : الأصل .

(٨) في الأصل : « ولم » .

(٩) في الأصل : « رده » .

(١٠) في م : « للمعين » .

و ١٩٥/٥
 التَّسَاوَى فِي الْعَمَلِ ، فَهَهُنَا أَوَّلَى . فَإِنْ قَالَ مَنْ قَالَ : مَنْ رَدَّ لَقَطَتِي فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدَّهَا
 ثَلَاثَةً ، فَلَهُمُ الدِّينَارُ بَيْنَهُمْ أَثْلَانًا ؛ لِأَنَّهُمْ اشْتَرَكُوا فِي الْعَمَلِ الَّذِي يُسْتَحَقُّ بِهِ الْعَوَضُ ،
 فَاشْتَرَكُوا فِي الْعَوَضِ ، كَالْأَجْرِ فِي الْإِجَارَةِ . فَإِنْ قِيلَ : أَلَيْسَ لَوْ قَالَ : مَنْ دَخَلَ هَذَا
 النَّقَبَ فَلَهُ دِينَارٌ . / فَدَخَلَهُ جَمَاعَةٌ ، اسْتَحَقَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ دِينَارًا كَامِلًا ، فَلِمَ لَا يَكُونُ
 هَهُنَا كَذَلِكَ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الدَّاخِلِينَ دَخَلَ دُخُولًا كَامِلًا ، كَدُّ حَوْلِ
 الْمُتَفَرِّدِ ، فَاسْتَحَقَّ الْعَوَضَ كَامِلًا ، وَهَهُنَا لَمْ يَرُدَّهُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ كَامِلًا ، إِنَّمَا اشْتَرَكُوا
 فِيهِ ، فَاشْتَرَكُوا فِي عَوَضِهِ . فَتَظِيرُ مَسْأَلَةِ الدُّخُولِ مَا لَوْ قَالَ : مَنْ رَدَّ عَبْدًا مِنْ عِبِيدِي
 فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَبْدًا . وَتَظِيرُ مَسْأَلَةِ الرَّدِّ مَا لَوْ قَالَ : مَنْ نَقَبَ السُّورَ
 فَلَهُ دِينَارٌ . فَتَقَبَ ثَلَاثَةٌ نَقَبًا وَاحِدًا ^(١١) . فَإِنْ جَعَلَ لَوَاحِدٍ فِي رَدِّهَا دِينَارًا ، وَلَا آخَرَ
 دِينَارَيْنِ ، وَلِثَلَاثٍ ثَلَاثَةً ، فَرَدَّهَا الثَّلَاثَةُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلُثُ مَا جَعَلَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ
 ثُلُثَ الْعَمَلِ ، فَاسْتَحَقَّ ثُلُثَ الْمُسَمَّى . فَإِنْ جَعَلَ لَوَاحِدٍ دِينَارًا ، وَلِلْآخَرَيْنِ ^(١٢)
 عَوَضًا مَجْهُولًا ، فَرَدَّوهُ ^(١٣) مَعًا ، فَلِصَاحِبِ الدِّينَارِ ثَلَاثَةٌ ، وَلِلْآخَرَيْنِ أَجْرُ
 عَمَلِيهِمَا . وَإِنْ جَعَلَ لَوَاحِدٍ شَيْئًا فِي رَدِّهَا ، فَرَدَّهَا هُوَ وَآخَرَانِ مَعَهُ ، وَقَالَا : رَدَدْنَا
 مُعَاوَنَةً لَهُ . اسْتَحَقَّ جَمِيعُ الْجُعْلِ ، وَلَا شَيْءَ لهما ، وَإِنْ قَالَا : رَدَدْنَاهُ لِنَأْخُذَ الْعَوَضَ
 لِنُفْسِنَا . فَلَا شَيْءَ لهما ، وَلَهُ ثُلُثُ الْجُعْلِ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ ثُلُثَ الْعَمَلِ ، فَاسْتَحَقَّ ثُلُثَ
 الْجُعْلِ ، وَلَمْ يَسْتَحَقَّ الْآخَرَانِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُمَا عَمِلَا مِنْ غَيْرِ جُعْلِ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ
 الشَّافِعِيِّ . وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ^(١٤) .

فصل : وإن قال : مَنْ رَدَّ عَبْدِي مِنْ بَلَدٍ كَذَا فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدَّه إِنْ سَانَ مِنْ نَصِيفِ طَرِيقٍ
ذَلِكَ الْبَلَدِ ، اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْجُعْلِ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ نِصْفَ الْعَمَلِ . وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ :

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢) في م : : « وَلِآخَرَيْنِ » .

(١٣) في م : : « فَرَدَّه » .

(١٤) في الأصل : « مُخَالَفًا » .

مَنْ رَدَّ عَبْدِي فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدُّ أَحَدُهُمَا ، فَلَهُ نِصْفُ الدِّينَارِ ؛ لِأَنَّهُ رَدَّ نِصْفَ الْعَبْدَيْنِ .
وإن رَدَّ الْعَبْدَ مِنْ غَيْرِ الْبَلَدِ الْمُسَمَّى ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْ فِي رَدِّهِ مِنْهُ شَيْئًا ، فَأَشْبَهَ
مَا لَوْ جَعَلَ فِي رَدِّ أَحَدِ عَبْدَيْهِ شَيْئًا فَرَدُّ الْآخَرَ . وَلَوْ قَالَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدَّهُ
إِنْسَانٌ إِلَى نِصْفِ الطَّرِيقِ ، فَهَرَبَ مِنْهُ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ الْجَعْلَ بِرَدِّهِ ،
وَلَمْ يَرُدَّهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ مَاتَ . كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهُ^(١٥) لَخِيَاطَةِ ثَوْبٍ ، فَخَاطَهُ ، وَلَمْ يُسَلِّمْهُ
حَتَّى تَلْفَ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ أَجْرَهُ . فَإِنْ قِيلَ : فَإِنْ كَانَ الْجَاعِلُ قَالَ : مَنْ وَجَدَ لَقَطِي فَلَهُ
دِينَارٌ . فَقَدْ وَجَدَ الْوَجْدَانُ ؟ قُلْنَا : قَرِينَةُ الْحَالِ تُدَلُّ عَلَى اشْتِرَاطِ الرَّدِّ ،^(١٦) إِذِ
الْمَقْصُودُ الرَّدُّ لَا^(١٧) الْوَجْدَانُ الْمُجَرَّدُ ، وَإِنَّمَا اكْتَفَى بِذِكْرِ الْوَجْدَانِ لِأَنَّهُ سَبَبُ
الرَّدِّ ، فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ : مَنْ وَجَدَ لَقَطِي فَرَدَّهَا عَلَيَّ .

فصل : والجُعَالَةُ تُسَاوِي الإِجَارَةَ فِي اعْتِبَارِ الْعِلْمِ بِالْعَوَضِ ، وَمَا كَانَ عِوَضًا فِي
الإِجَارَةِ / جَازَ أَنْ يَكُونَ عِوَضًا فِي الْجُعَالَةِ ، وَمَا لَا فَلَ ، وَفِي أَنْ مَا جَازَ أَخَذَ الْعَوَضِ ١٩٥/٥ ط
عَلَيْهِ فِي الإِجَارَةِ مِنَ الْأَعْمَالِ ، جَازَ أَخْذُهُ عَلَيْهِ فِي الْجُعَالَةِ ، وَمَا لَا يَجُوزُ أَخْذُ الْأَجْرَةِ
عَلَيْهِ فِي الإِجَارَةِ ، مِثْلُ الْغِنَاءِ وَالزَّمْرِ وَسَائِرِ الْمُحَرَّمَاتِ ، لَا يَجُوزُ أَخْذُ الْجُعْلِ عَلَيْهِ ،
وَمَا يَخْتَصُّ فَاعِلُهُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْقَرْيَةِ ، مِمَّا لَا يَتَعَدَّى نَفْعُهُ^(١٨) فَاعِلُهُ ، كَالصَّلَاةِ
وَالصِّيَامِ ، لَا يَجُوزُ أَخْذُ الْجُعْلِ عَلَيْهِ ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا يَتَعَدَّى نَفْعُهُ ، كَالْأَذَانِ وَالْإِقَامَةِ
وَالْحَجِّ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ، كَالرَّوَايَتَيْنِ فِي الإِجَارَةِ . وَيُفَارِقُ الإِجَارَةَ فِي أَنَّهُ عَقْدٌ جَائِزٌ ،
وَهِيَ لَازِمَةٌ ، وَأَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ الْعِلْمُ بِالْمُدَّةِ ، وَلَا بِمَقْدَارِ الْعَمَلِ ، وَلَا يُعْتَبَرُ وَقُوعُ الْعَقْدِ
مَعَ وَاحِدٍ مُعَيَّنٍ . فَعَلَى هَذَا مَتَى شَرَطَ عِوَضًا مَجْهُولًا ، كَقَوْلِهِ : إِنْ رَدَدْتَ عَبْدِي فَلَكَ
ثَوْبٌ ، أَوْ فَلَكَ سَلْبَةٌ . أَوْ شَرَطَ عِوَضًا مُحَرَّمًا ، كَالْخَمْرِ وَالْحَرِّ ، أَوْ غَيْرِ مَقْدُورٍ عَلَيْهِ ،

(١٥) فِي م : « اسْتَأْجَر » .

(١٦ - ١٧) فِي م : « وَالْمَقْصُودُ هُوَ الرَّدُّ » .

(١٧) فِي الْأَصْلِ : « نَفْع » .

كقوله : من ردَّ عبيدٍ فله ثلثه ، أو من ردَّ عبيدٍ فله أحدهما . فردَّه إنسان استحقَّ أجر المثل ؛ لأنه عملٌ عملاً بَعوضٍ لم يُسلم له ، فاستحقَّ ^(١٨) أجر المثل ^(١٩) ، كما في الإجارة .

فصل : ومن ردَّ لُقطةً أو ضالةً ، أو عملٍ لغيره عملاً غير ردِّ الآبق ، ^(٢٠) بغير جعلٍ ^(٢١) ، لم يستحقَّ عوضاً . لا نعلم في هذا خلافاً ؛ لأنه عملٌ يستحقُّ به العوضُ مع المعاوضة ، فلا يستحقُّ مع عديمها ، كالعمل في الإجارة . فإن اختلفا في الجعل ، فقال : جعلت لي في ردِّ لُقطتي كذا . فأنكر المالك ، فالقول قولُه مع يمينه ؛ لأن الأصل معه . وإن اتفقا على العوض ، واختلفا في قدره ، فالقول قول المالك ؛ لأن الأصل عدم الزائد المختلف فيه ، ولأن القول قولُه في أصل العوض ، فكذلك في قدره ، كَرَب المال في المضاربة . ويحتمل أن يتحالفا ، كالمُتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن ، والأجير والمستأجر إذا اختلفا في قدر ^(٢٢) الأجر . فعلى هذا إن تحالفا فسُخِّ العَقْدُ ، ووجبَّ أجر المثل . وكذلك الحكم إن اختلفا في المساقاة ، فقال : جعلت لك الجعل على ردِّها من حلب . فقال : بل على ^(٢٣) ردِّها من ^(٢٤) حمص . وإن اختلفا في عين العبيد الذي جعل الجعل في ردِّه ، فقال : ردَّدت العبد الذي شرطت لي الجعل فيه . قال : بل شرطت لك الجعل في العبد الذي لم تُردِّه . فالقول قول المالك ؛ لأنه أعلم بشرطه ، ولأنه ادَّعى عليه شرطاً في هذا العقد فأنكره ، والأصل عدم الشرط .

فصل : ^(٢٥) فأما ردُّ ^(٢٦) العبد الآبق ، فإنه يستحقُّ الجعل بِردِّه وإن لم يشترط له . روى هذا عن عمر / ، وعلى ، وابن مسعود . وبه قال شريح ، وعمر بن عبد العزيز ، ومالك ، وأصحاب الرأي . وقد روى عن أحمد أنه لم يكن يُوجب ذلك . قال ابن

١٩٦/٥ و

(١٨ - ١٨) في م : أجره .

(١٩ - ١٩) في الأصل : بجعل .

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١ - ٢١) في م : رده .

(٢٢ - ٢٢) في م : أما .

متصوّر : سئل أحمد عن جعل الآبق؟ فقال : لا أدري ، قد تكلم الناس فيه . لم يكن عنده فيه حديث صحيح . فظاهر هذا أنه لا جعل له فيه ، وهو ظاهر قول الخرقى فإنه قال : « وإذا أبق العبد فلن جاء به إلى سيده ما أنفق عليه » . ولم يذكر جعلاً . وهذا قول النخعي ، والشافعي ، وابن المنذر ؛ لأنه عمل لغيره عملاً من غير أن يشترط له عوضاً ، فلم يستحق شيئاً ، كالورود جملة الشارد . ووجه الرواية الأولى ، ما روى عمرو بن دينار ، وابن أبي مليكة ، أن النبي ﷺ جعل في جعل الآبق ، إذا جاء به خارجاً من الحرم ، ديناراً^(٢٣) . وأيضاً فإنه قول من سمعنا من الصحابة ، ولم نعرف لهم في زمنيهم مخالفاً ، فكان إجماعاً . ولأن في شرط الجعل في ردّهم حثاً على ردّ الأباقي ، وصيانة لهم عن الرجوع إلى دار الحرب ، وردّتهم عن دينهم ، وتقوية أهل الحرب بهم ، فيتبين أن يكون مشروفاً لهذه المصلحة . وبهذا فارق ردّ الشارد ، فإنه لا يفضي إلى ذلك . والرواية الأخرى أقرب إلى الصحة^(٢٤) ؛ لأن الأصل عدم الوجوب ، والخبر المروى في هذا مرسل ، وفيه مقال ، ولم يثبت الإجماع فيه ولا القياس ، فإنه لم يثبت اعتبار الشرع لهذه المصلحة المذكورة فيه ، ولا تحققت أيضاً ، فإنه ليس الظاهر حربهم إلى دار الحرب إلا في المجلوب منها ، إذا كانت قريبة ، وهذا بعيد فيهم . فأمّا على الرواية الأولى ، فقد اختلفت الرواية في قدر الجعل ، فروى عن أحمد أنه عشرة دراهم ، أو دينار ، إن رده من المصنر ، وإن رده من خارج ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، يلزمه دينار ، أو اثني عشر درهماً ، للخبر المروى فيه ، ولأن ذلك يروى عن عمر وعلى^(٢٥) ، رضي الله عنهما . والثانية ، له أربعون درهماً إن رده من خارج المصنر . اختارها الخلال ، وهو قول ابن مسعود ، وشريح ، فروى أبو عمرو^(٢٦)

(٢٣) أخرجه ابن أبي شيبة ، في كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٥٤٠/٦ ، ٥٤٢ ، ٥٤٣ .

(٢٤) في م : المصلحة .

(٢٥) سقط من م .

(٢٦) في النسخ : أبو عمر . وهو إسحاق بن مرار اللغوي الكوفي المتوفى سنة عشرين ومائتين . العبر ٣٥٨/١ .

الشَّيْبَانِي قَالَ : قُلْتُ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ : إِنِّي أَصَبْتُ عَبْدًا أَبَا قَا^(٢٧) . فَقَالَ : لَكَ أَجْرٌ وَغَنِيمَةٌ . فَقُلْتُ : هَذَا الْأَجْرُ ، فَمَا الْغَنِيمَةُ ؟ قَالَ : مِنْ كُلِّ رَأْسٍ أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا^(٢٨) . وَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ^(٢٩) : أُعْطِيَتْ الْجُعْلُ فِي زَمَنِ مُعَاوِيَةَ أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا . وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى أَنَّهُ مُسْتَفِيزٌ فِي الْعَصْرِ الْأَوَّلِ . قَالَ الْحَلَّالُ : / حَدِيثُ ابْنِ مَسْعُودٍ أَصَحُّ إِسْنَادًا . وَرَوَى عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، أَنَّهُ قَالَ : إِذَا وَجَدَهُ عَلَى مَسِيرَةٍ ثَلَاثٍ ، فَلَهُ ثَلَاثَةُ دَنَانِيرَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ رَدَّهَ مِنْ مَسِيرَةٍ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ، فَلَهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا ، وَإِنْ كَانَ مِنْ دُونَ ذَلِكَ ، يُرَضَّخُ لَهُ عَلَى قَدْرِ الْمَكَانِ الَّذِي تَعَنَّى^(٣٠) إِلَيْهِ . وَلَا فَرْقَ عِنْدَ إِمَامَيْنَا بَيْنَ أَنْ يَزِيدَ الْجُعْلُ عَلَى قِيَمَةِ الْعَبْدِ أَوْ لَا يَزِيدَ . وَهَذَا قَالَ أَبُو يَوْسُفَ وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ قَلِيلَ الْقِيَمَةِ نَقَصَ الْجُعْلُ عَنْ^(٣١) قِيَمَتِهِ دِرْهَمًا ، لِقَوْلِ يَفُوتَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ جَمِيعُهُ . وَلَنَا ، عُمُومُ الدَّلِيلِ ، وَلَآئِهِ جُعْلٌ يُسْتَحَقُّ فِي رَدِّ الْآبِقِ ، فَاسْتَحَقَّهُ وَإِنْ زَادَ عَلَى قِيَمَتِهِ ، كَمَا لَوْ جَعَلَهُ لَهُ صَاحِبُهُ ، وَيُسْتَحَقُّهُ إِنْ مَاتَ سَيِّدُهُ^(٣٢) فِي تَرْكِتِهِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ : إِنْ كَانَ الَّذِي رَدَّهَ مِنْ وَرَثَةِ الْمَوْلَى ، سَقَطَ الْجُعْلُ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا عِوَضٌ عَنْ عَمَلِهِ ، فَلَا يَسْقُطُ بِالْمَوْتِ ، كَالْأَجْرِ فِي الْإِجَارَةِ ، وَكَأَنَّكَ لَوْ كَانَ مِنْ غَيْرِ وَرَثَةِ الْمَوْلَى . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ مَنْ رَدَّهَ مَعْرُوفًا بِرَدِّ الْآبِقِ أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَهَذَا قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِذَلِكَ ، اسْتَحَقَّ الْجُعْلُ ، وَإِلَّا فَلَا . وَلَنَا الْحَبْرُ ، وَالْأَثَرُ الْمَذْكُورُ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ ، وَلَآئِهِ رَدُّ آبِقًا ، فَاسْتَحَقَّ الْجُعْلُ ، كَالْمَعْرُوفِ بِرَدِّهِمْ .

(٢٧) في م : « أبق » .

(٢٨) أخرجه ابن أبي شيبة ، في كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٥٤١/٦ . وعبد الرزاق ، في : باب الجعل في الآبق ، من كتاب البيوع . المصنف ٢٠٨/٨ .

(٢٩) لعله يعني السبيعي عمرو بن عبد الله . انظر ترجمته في التهذيب ٦٣/٨ .

(٣٠) في الأصل : « يعني » ، وفي م : « لمعنى » .

(٣١) في م : « من » .

(٣٢) سقط من : م .

فصل : ويجوز أخذ الأبق لمن وجده . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . ولا تعلم فيه خلافا ؛ وذلك لأن العبد لا يؤمن لحاقه بدار الحرب ، وارتداده ، واشتغاله بالفساد في سائر البلاد ، بخلاف الضوال التي تحفظ نفسها . فإذا أخذها فهو أمانة في يده ، إن تلف بغير تفريطه ، فلا ضمان عليه ، وإن وجد صاحبه ، دفعه (٣٣) إليه إذا أقام به البيّنة ، أو اعترف العبد أنه سيّده . وإن لم يجد سيّده ، دفعه إلى الإمام أو نائبه ، فيحفظه لصاحبه ، أو يبيعه إن رأى المصلحة في بيعه ، ونحو ذلك قال مالك ، وأصحاب الرأي ، ولا تعلم لهم (٣٤) مخالفا . وليس لملتقطه بيعه ولا تملكه بعد تعريفه ؛ لأن العبد ينحفظ بنفسه ، فهو كضوال الإبل . فإن باعه ، فالبيع فاسد ، في قول عامة أهل العلم ، منهم : أبو حنيفة ، والشافعي . وإن باعه الإمام لمصلحة رآها في بيعه ، فجاء سيّده فاعترف أنه كان اعتقه ، قبل منه ؛ لأنه لا يجزئ إلى نفسه بهذا نفعا ، ولا يدفع عنها ضررا . ويحتمل أن لا يقبل ؛ لأنه ملك لغيره ، فلا يقبل إقراره في ملك غيره ، كما لو باعه السيّد ثم أقر / يعتقه . فعلى هذا ليس لسيّده أخذ ثمنه ؛ لأنه يقر أنه حر . ولا يستحق ثمنه ، ولكن يؤخذ إلى بيت المال ؛ لأنه مستحق (٣٥) له ، فهو كتركته من مات ولا وارث له . فإن عاد السيّد فأنكر العتق ، وطلب المال ، دفع إليه ؛ لأنه لا متنازع له فيه .

فصل : وإذا أبق العبد ، فحصل في يد حاكم ، فأقام سيّده بينة عند حاكم بلده آخر أن فلانا الذي صفته كذا وكذا ، واستقصى صفاته ، عبد فلان بن فلان (٣٦) أبق منه ، فقبل الحاكم بينته ، وكتب الحاكم (٣٧) إلى الحاكم الذي عنده العبد : ثبت عندي إباق فلان الذي صفته كذا وكذا . قبل كتابه ، وسلم إليه العبد . وهذا قول

(٣٣) في م : دفع .

(٣٤) في م : فيه .

(٣٥) في الأصل : لا يستحق .

(٣٦) في م زيادة : فلا .

(٣٧) سقط من : الأصل .

أبي يوسف ، وأحد قولَي الشافعي ، إلا أن أبا يوسف قال : يأخذ به كفيلاً ؛ لأن البينة أثبتته بصيغاته ، كما ثبت في الذمة بوصفه في السلم . وقال أبو حنيفة ، ومحمد : لا يجب تسليمه ؛ لأنهم لا يشهدون على عينه ، وإنما يشهدون بالصفات ، وقد تنفق الصفات مع اختلاف الأغنياء ، ويفارق المسلم فيه ، فإن الواجب أقل ما يوجد منه ^(٣٨) الصفة ، وهو غير معين . ولنا ، أنه يقبل كتاب الحاكم إلى الحاكم على شخص غائب ، ويؤخذ المحكوم عليه بالحق ، وليس ثم شهادة على عيْن ، وإنما يؤخذ المحكوم عليه باسمه ونسبه وصفته ، فكذا ههنا ، إذا ثبت وجوب تسليمه ، فإن الحاكم الذي يسلمه يخيم في عتقه خيطاً ضيقاً لا يخرج من رأيه ، ويدفعه إلى المدعي أو وكيله ، ليخيمه إلى الحاكم الكاتب ، ليشهد الشهود على عيْنه ، فإن شهدوا بعينه ، سلم إلى مدعيه ، وإن لم يشهدوا وجب ^(٣٩) رده إلى الحاكم الأول ، ويكون في ضمان الذي أخذه ؛ لأنه أخذه بغير استحقاق .

٩٤٦ - مسألة ؛ قال : (وإن كان التقطها قبل ذلك ، فَرَدَّهَا لِعِلَّةِ الْجُعْلِ ، لَمْ يَجْزُ لَهُ أَخْذُهَا)

إنما كان كذلك ؛ لأنه إذا التقطها قبل أن يبلغه الجعل ، فقد التقطها بغير عوض ، وعمل في مال غيره بغير جعل جعل ، فلا يستحق شيئاً ، كالموالتقطها ولم يجعل ربه فيها شيئاً . وفارق الملتقط بعد بلوغه الجعل ؛ فإنه إنما بذل متافعه بعوض جعل له ، فاستحقه ، كالأجير إذا عمل بعد العقد . وسواء كان التقاطها لها بعد الجعل أو قبله ؛ لما ذكرنا . ولا يستحق أخذ الجعل بردها ؛ / لأن الرد واجب عليه من غير عوض ، فلم يجز أخذ العوض عن الواجب ، كسائر الواجبات . وإنما يأخذ الملتقط ، في موضع يجوز له أخذه عوضاً عن الالتقاط المباح . إذا ثبت هذا ، فإن ملتقطها قبل

(٣٨) في الأصل : فيه .

(٣٩) في م : واجب .

أَنْ يُلْغَهُ الْجُعْلُ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا ، سَوَاءَ رَدَّهَا لِإِلْعَالِ الْجُعْلِ أَوْ لِغَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَسْتَحِقَّهُ
مَعَ قَصْدِهِ إِيَّاهُ ، وَعَمَلِهِ مِنْ أَجْلِهِ ، فَلَأَنْ لَا يَسْتَحِقَّهُ مَعَ عَدَمِ ذَلِكَ أَوْلَى . وَإِنَّمَا ذَكَرَ
الْخِرْقَى رَدَّهَا لِإِلْعَالِ الْجُعْلِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، لِئِنَّهُ بِهِ عَلَى عَدَمِ اسْتِحْقَاقِهِ فِيمَا إِذَا رَدَّهَا لِغَيْرِ
عِلَّتِهِ ، وَلَأَنَّ الْحَاجَةَ إِنَّمَا تَدْعُو إِلَى مَعْرِفَةِ الْحُكْمِ فِي مَنْ يُرِيدُ الْجُعْلَ ، أَمَّا مَنْ تَرَكَهُ وَلَا
يُرِيدُهُ ، فَلَا يَقَعُ التَّنَازُعُ فِيهِ غَالِبًا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٩٤٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ الَّذِي رَجَدَ اللَّقْطَةُ سَفِيهَاً أَوْ طِفْلاً ، قَامَ وَلِيُّهُ
بِتَقْرِيفِهَا ، فَإِنْ تَمَّتِ السَّنَةُ ، ضَمَّهَا إِلَى مَالٍ وَاجِدِهَا)

وجملة ذلك أَنَّ الصَّبِيَّ وَالْمَجْنُونِ وَالسَّفِيَّ ، إِذَا التَّقَطَّ أَحَدُهُمْ لُقْطَةً ، ثَبَتَتْ يَدُهُ
عَلَيْهَا ؛ لِغُمُومِ الْأَنْبَارِ ، وَلَأَنَّ هَذَا كَسَبٌ ، فَصَحَّ مِنْهُ ، كَالِاصْطِيَادِ وَالِاخْتِطَابِ .
وَإِنْ تَلَفَتْ فِي يَدِهِ بِغَيْرِ تَقْرِيطٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَالَهُ أَخْذَهُ . وَإِنْ تَلَفَتْ
بِتَقْرِيطِهِ ، ضَمِنَهَا فِي مَالِهِ . وَإِذَا عَلِمَ بِهَا وَلِيُّهُ ، لَزِمَهُ أَخْذُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْحِفْظِ
وَالْأَمَانَةِ ، فَإِنْ تَرَكَهَا فِي يَدِهِ ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ حِفْظُ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الصَّبِيِّ ، وَهَذَا
يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّهُ ، فَإِذَا تَرَكَهَا فِي يَدِهِ كَانَ مُضَيِّعًا لَهَا ، وَإِذَا أَخَذَهَا الْوَلِيُّ ، عَرَّفَهَا ؛ لِأَنَّ
وَاجِدَهَا لَيْسَ مِنْ أَهْلِ التَّعْرِيفِ ، فَإِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ التَّعْرِيفِ ، دَخَلَتْ فِي مِلْكِ
وَاجِدِهَا ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْمِلْكِ تَمَّ شَرْطُهُ ، فَيُثْبِتُ الْمِلْكُ لَهُ ، كَمَا لَوْ اصْطَادَ صَيْدًا . وَهَذَا
مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، إِلَّا أَنَّ أَصْحَابَهُ قَالُوا : إِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ التَّعْرِيفِ ، فَكَانَ الصَّبِيُّ
وَالْمَجْنُونُ بَحْثِ يَسْتَفْرِضُ لَهَا ، يَتَمَلَّكُهُ لَهَا ، وَالْأَفْلَا . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَتَمَلَّكُهُ لَهَا
بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ ظُهُورِ ^(١) صَاحِبِهِ ، فَيَكُونُ تَمَلُّكُهُ مَصْلَحَةً ^(٢) لَهُ . وَلَنَا ،
غُمُومُ الْأَنْبَارِ ، وَلَوْ جَرَى هَذَا مَجْرَى الْأَقْتِرَاضِ ^(٣) لَمَا صَحَّ التِّقَاطُ صَبِيًّا لَا يَجُوزُ
الْأَقْتِرَاضُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ تَبَرُّعًا بِحِفْظِ مَالٍ غَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ فَائِدَةٍ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « رَجُوعٌ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « لِمَصْلَحَةٍ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « الْإِقْرَاضُ » .

فصل : قال أحمد ، في رواية العباس ابن موسى ^(٤) ، في غلام له عشر سنين ،
التقط لقطه ، ثم كبر : فإن وجد صاحبها دفعها إليه ، وإلا تصدق بها . قد مضى ^(٥)
أجل التعريف فيما تقدم من السنين ، ولم يرد عليه استقبال أجل التعريف . قال : وقد
كنت سمعته قبل هذا أو بعده / يقول في انقضاء أجل التعريف إذا لم يجد صاحبها ^(٦) :
أيتصدق بمال الغير ! وهذه المسألة قد مضى نحوها فيما إذا لم يعرف الملتقط اللقطه
في حولها ، فإنه لا يملكها وإن عرفها فيما بعد ذلك ؛ لأن التعريف بعده لا يفيد ظاهراً ،
لكون صاحبها يمس منها ، وترك طلبها . وهذه المسألة تدل على أنه إذا ترك التعريف
لعذر ، كان كتركه لغير عذر ؛ لكون الصبي من أهل العذر ، وقد ذكرنا في هذا وجهين
فيما تقدم . وقال أحمد ، في غلام لم يبلغ ، أصاب عشرة دنانير ، فذهب بها إلى منزله ،
فضاعت ، فلما بلغ أراد ردّها ، فلم يعرف صاحبها : تصدق بها ، وإن لم يجد عشرة ،
وكان يجحف به ، تصدق قليلاً قليلاً . قال القاضي : معنى هذا أنها تلفت بتفريط
الصبي ، وهو أنه لم يعلم وليه حتى يقوم بتعريفها .

فصل : وإذا وجد العبد لقطه ، فله أخذها بغير إذن سيده ، ويصح التقاطه . وبهذا
قال أبو حنيفة ، وهو أحد قولي الشافعي . وقال في الآخر ^(٧) : لا يصح التقاطه ؛ لأن
اللقطة في الحول الأول ^(٨) أمانة وولاية ، وفي ^(٩) الثاني تملك ، والعبد ليس من أهل
الولايات ولا المملك . ولنا ، عموم الخبر ، ولأن الالتقاط سبب يملك به الصبي
ويصح منه ، فصح من العبد ، كالاختطاب والاصطياد ، ولأن من جاز له قبول

(٤) أي العباس بن محمد بن موسى . وتقدمت ترجمته .

(٥) في م : : أمضى .

(٦) في الأصل : : صاحبه .

(٧) في م : : الآخذ : تعريف .

(٨ - ٩) في م : : أمانة ولاية في .

الْوَدِيعَةِ ، صَحَّ مِنْهُ الْإِتِّقَاطُ ، كَالْحُرِّ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ الْعَبْدُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَاتِ
وَالْأَمَانَاتِ . يَطْلُ بِالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، فَإِنَّهُمَا أُذُنِي حَالًا مِنْهُ فِي هَذَا . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ
الْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ . مَمْنُوعٌ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا ، فَإِنَّهُ يَتَمَلَّكُ لِسَيِّدِهِ ، كَمَا يَحْصُلُ ^(١) بِسَائِرِ
الْاِكْتِسَابِ ^(٢) ، وَلِأَنَّ الْإِتِّقَاطَ تَخْلِيصُ مَالٍ مِنَ الْهَلَاكِ ، فَجَازَ مِنَ الْعَبْدِ بَغَيْرِ إِذْنِ
سَيِّدِهِ ، كَمَا نَقَازِ الْمَالِ الْغَرِيقِ وَالْمَعْصُوبِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ التَّقَطَّ الْعَبْدُ لِقَطْعَةٍ كَانَتْ
أَمَانَةً فِي يَدِهِ ، إِنْ تَلَفَتْ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ فِي حَوْلِ التَّعْرِيفِ ، لَمْ يَضْمَنْ ، وَإِنْ تَلَفَتْ
بِتَفْرِيطٍ ^(٣) أَوْ إِثْلَافٍ ، وَجَبَ ضَمَانُهَا فِي رَقَبَتِهِ ، كَسَائِرِ جِنَايَاتِهِ . وَإِنْ عَرَّفَهَا ، صَحَّ
تَعْرِيفُهَا ؛ لِأَنَّ لَهُ قَوْلًا صَحِيحًا ، فَصَحَّ تَعْرِيفُهَا ، كَالْحُرِّ ، فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ التَّعْرِيفِ ،
مَلَكَهَا سَيِّدُهُ ؛ لِأَنَّ الْإِتِّقَاطَ كَسَبُ الْعَبْدِ ، وَكَسَبُهُ لِسَيِّدِهِ . وَإِنْ عَلِمَ السَّيِّدُ بِلِقَاطِ
عَبْدِهِ ، كَانَ لَهُ انْتِزَاعُهَا مِنْهُ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ كَسَبِ الْعَبْدِ ، وَلِلْسَيِّدِ انْتِزَاعُ كَسَبِهِ مِنْ يَدِهِ ،
فَإِذَا انْتَزَعَهَا بَعْدَ أَنْ عَرَّفَهَا الْعَبْدُ مَلَكَهَا ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يُعَرِّفَهَا ، عَرَّفَهَا سَيِّدُهُ حَوْلًا كَامِلًا ،
وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ قَدْ عَرَّفَهَا بَعْضَ الْحَوْلِ / ، عَرَّفَهَا السَّيِّدُ تَمَامَهُ . فَإِنْ اخْتَارَ السَّيِّدُ إِقْرَارَهَا ^(٤) ١٩٨/٥ ظ
فِي يَدِ عَبْدِهِ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ أَمِينًا جَازًا ، وَكَانَ السَّيِّدُ مُسْتَعِينًا بِعَبْدِهِ فِي
حِفْظِهَا ، كَمَا يَسْتَعِينُ بِهِ فِي حِفْظِ مَالِهِ ، وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ غَيْرَ أَمِينٍ ، كَانَ السَّيِّدُ مُفَرِّطًا
بِإِقْرَارِهَا فِي يَدِهِ ، وَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، كَمَا لَوْ أَخَذَهَا مِنْ يَدِهِ ثُمَّ رَدَّهَا إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْعَبْدِ
كَيْدُهُ ، وَمَا يَسْتَحِقُّ بِهَا فَهُوَ لِسَيِّدِهِ . وَإِنْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ بَعْدَ الْإِتِّقَاطِ ، فَلَهُ انْتِزَاعُ
اللِّقْطَةِ مِنْ يَدِهِ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ كَسَبِهِ ، وَأَكْسَابُهُ لِسَيِّدِهِ . وَمَتَى عَلِمَ الْعَبْدُ أَنَّ سَيِّدَهُ غَيْرُ
مَأْمُونٍ عَلَيْهَا ، لَزِمَهُ سَتْرُهَا عَنْهُ ، وَتَسْلِيمُهَا إِلَى الْحَاكِمِ ، لِيُعَرِّفَهَا ، ثُمَّ يَدْفَعَهَا إِلَى سَيِّدِهِ
بِشَرَطِ الضَّمَانِ . فَإِنْ أَعْلَمَ سَيِّدُهُ بِهَا ، فَلَمْ يَأْخُذْهَا مِنْهُ ، أَوْ أَخَذَهَا فَعَرَّفَهَا وَأَدَّى الْأَمَانَةَ
فِيهَا فَتَلَفَتْ فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ ^(٥) ، فَلَا ضَمَانَ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَتَلَفْ بِتَفْرِيطٍ

(٩ - ٩) فِي الْأَصْلِ : « سَائِرِ الْاِكْتِسَابَاتِ » .

(١٠) فِي م : « بِتَفْرِيطِهِ » .

(١١) فِي م : « تَفْرِيطِهِ » .

من أَحَدِهِمَا، وإن لم يُؤَدَّ الأمانة فيها ، وَجَبَ ضَمَانُهَا ، وَيَتَعَلَّقُ الضَّمَانُ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ وَذِمَّةِ السَّيِّدِ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ التَّفْرِيطَ حَصَلَ مِنْهُمَا جَمِيعًا .

فصل : والمُكَاتَّبُ كَالْحُرِّ فِي اللَّقْطَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ لَهُ فِي الْحَالِ ، وَأُكْسَابُهُ لَهُ دُونَ سَيِّدِهِ ، وَاللَّقْطَةُ مِنْ أُكْسَابِهِ^(١٢) ، فَإِنْ عَجَزَ عَادَ عَبْدًا ، وَصَارَ حُكْمُهُ فِي اللَّقْطَةِ حُكْمَ الْعَبْدِ ، عَلَى مَا مَرَّ بَيَانُهُ . وَأُمُّ الْوَلَدِ ، وَالْمُعَلَّقُ عِتْقُهُ بِصِفَةِ ، وَالْمُدَبِّرُ ، كَالْقَيْنِ . وَمَنْ نَصَفَهُ حُرًّا إِذَا التَّقَطَّ شَيْئًا ، وَلَمْ يَكُنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ مُهَيَّأَةً ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا بَعْدَ التَّعْرِيفِ نِصْفَيْنِ^(١٣) ، كَسَائِرِ أُكْسَابِهِ ، وَهِيَ بَيْنَهُمَا فِي حَوْلِ التَّعْرِيفِ كَالْحُرِّينِ إِذَا^(١٤) التَّقَطَّ لُقْطَةً ، وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مُهَيَّأَةً ، ففِيهَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَدْخُلُ فِي الْمُهَيَّأَةِ ؛ لِأَنَّهَا كَسَبٌ نَادِرٌ ، لَا يُعْلَمُ وَجُودُهُ وَلَا يُظَنُّ ، فَلَمْ تَدْخُلْ فِي الْمُهَيَّأَةِ ، وَتَكُونُ بَيْنَهُمَا . وَالثَّانِي : تَدْخُلُ فِي الْمُهَيَّأَةِ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ كَسَبِهِ ، فَأَشْبَهَتْ سَائِرَ أُكْسَابِهِ ، فَإِنْ وَجَدَهَا فِي يَوْمِهِ فَهِيَ لَهُ ، وَإِنْ وَجَدَهَا فِي يَوْمٍ سَيِّدُهُ فَهِيَ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ مُشْتَرَكًا بَيْنَ اثْنَيْنِ ، فَلَقَطَتْهُ بَيْنَهُمَا ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي مِنْ بَعْضِهِ حُرٌّ وَبَعْضُهُ رَقِيقٌ .

فصل : والذَّمُّ فِي الْإِلْتِقَاطِ كَالْمُسْلِمِ . وَمِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ مَنْ قَالَ : لَيْسَ لَهُ الْإِلْتِقَاطُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْأَمَانَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا نَوْعُ الْكَيْسَابِ ، فَكَانَ مِنْ أَهْلِهَا ، كَالْحَشِّ وَالْإِخْتِطَابِ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَنْطَلُ بِالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ الْإِلْتِقَاطُ هُمَا ، مَعَ عَدَمِ الْأَمَانَةِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِنْ عَرَفَ اللَّقْطَةَ حَوْلًا كَامِلًا^(١٥) ، مَلَكَهَا كَالْمُسْلِمِ / ، وَإِنْ عَلِمَ بِهَا الْحَاكِمُ أَوْ السُّلْطَانُ ، أَقْرَاهَا فِي يَدِهِ ، وَضَمَّ إِلَيْهِ مُشْرِفًا عَدْلًا يُشْرِفُ عَلَيْهِ ، وَيُعْرِفُهَا ؛ لِأَنَّا لَا نَأْمَنُ الْكَافِرَ عَلَى تَعْرِيفِهَا ، وَلَا نَأْمَنُهُ أَنْ يُجْلِيَ فِي التَّعْرِيفِ بِشَيْءٍ مِنَ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ فِيهِ ، وَأَجْرُ الْمُشْرِفِ عَلَيْهِ ، فَإِذَا

(١٢) فِي م : ١ : أُكْسَابُهُ .

(١٣) أَيْ يَقْسَمُ نِصْفَيْنِ .

(١٤) سَقَطَ مِنْ : م .

ثُمَّ حَوَّلَ التَّعْرِيفَ مَلَكَهَا الْمُتَلَقِّطُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُنَزَعَ مِنْ يَدِ الدَّمِيِّ ، وَتُوضَعَ عَلَى يَدِ عَدْلٍ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَأْمُونٍ عَلَيْهَا .

فصل : وَيُسْتَحَبُّ لِمَنْ لَيْسَ بِأَمِينٍ أَنْ لَا يَأْخُذَ اللَّقْطَةَ ؛ لِأَنَّهُ يُعَرِّضُ نَفْسَهُ لِلْأَمَانَةِ ، وَلَيْسَ هُوَ مِنْ أَهْلِهَا ، فَإِنَّ التَّقَطَّ صَحَّ التَّقَاطُ ؛ لِأَنَّهَا جِهَةٌ مِنْ جِهَاتِ الْكَسْبِ ، وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الْكَسْبِ ، وَلِأَنَّهُ إِذَا صَحَّ التَّقَاطُ الْكَافِرُ ، فَالْمُسْلِمُ أَوَّلَى ، فَإِذَا التَّقَطُّهَا فَعَرَّفَهَا حَوْلًا ، مَلَكَهَا كَالْعَدْلِ . وَإِنْ عَلِمَ الْحَاكِمُ أَوْ السُّلْطَانُ بِهَا ، أَقْرَاهَا فِي يَدِهِ ، وَضَمَّ إِلَيْهِ مُشْرِفًا يُشْرِفُ عَلَيْهِ ، وَيَتَوَلَّى تَعْرِيفَهَا ، كَمَا قُلْنَا فِي الدَّمِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَأْمَنُهُ عَلَيْهَا . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ ، وَقَالَ فِي الْآخَرِ : يَنْزِعُهَا مِنْ يَدِهِ ، وَيَضَعُهَا فِي يَدِ عَدْلٍ . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ خُلِّيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَدِيعَةِ ، لَمْ تُزَلْ يَدُهُ عَنِ اللَّقْطَةِ ، كَالْعَدْلِ ، وَالْحِفْظُ يَحْصُلُ بِضَمِّ الْمُشْرِفِ ^(١٥) إِلَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنِ الْمُشْرِفُ حِفْظَهَا مِنْهُ ، انْتَزَعَتْ مِنْ يَدِهِ ، وَتُرِكَتْ فِي يَدِ عَدْلٍ ، فَإِذَا عَرَّفَهَا وَتَمَّتِ السَّنَةُ ، مَلَكَهَا مُتَلَقِّطُهَا ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْمِلْكِ وَجَدَ مِنْهُ .

٩٤٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا وَجَدَ الشَّاةُ بِمِصْرٍ ، أَوْ بِمَهْلَكَةٍ ، فَهِيَ لِقْطَةٌ)

يعنى أَنَّهُ يُبَاحُ أَخْذُهَا وَالتَّقَاطُهَا ، وَحُكْمُهَا إِذَا أَخَذَهَا حُكْمُ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ، فِي التَّعْرِيفِ وَالْمِلْكِ بَعْدَهُ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنْ مَذْهَبِ أَحْمَدَ ، وَقَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : أَجْمَعُوا ^(١) عَلَى أَنَّ ضَالَّةَ الْغَنَمِ فِي الْمَوْضِعِ الْمَخُوفِ عَلَيْهَا لَهْ أَكْلُهَا ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي كُلِّ حَيَوَانٍ لَا يَمْتَنِعُ بِنَفْسِهِ مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ ، وَهِيَ الثَّغْلَبُ ، وَابْنُ آوَى ، وَالدُّنْبُ ^(٢) ، ^(٣) وَوَلَدُ الْأَسَدِ ^(٤) وَنَحْوَهَا . فَمَا لَا يَمْتَنِعُ مِنْهَا ، كَفُصْلَانِ الْإِبِلِ ، وَغُجُولِ الْبَقَرِ ، وَأَفْلَاءِ ^(٥) الْحَيْلِ ، وَالدَّجَاجِ ، وَالْإِوْزُ وَنَحْوَهَا ،

(١٥) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : عَلَيْهِ .

(١) فِي م : أَجْمَعَ .

(٢) فِي الْأَصْلِ : وَالدَّبُّ .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ : وَالْأَسَدُ .

(٤) الْفُلُو : وَلَدُ الْفَرَسِ .

يجوز التَّقَاطُ . وَيُرَوَّى عَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةً أُخْرَى ، لَيْسَ لغيرِ الإمامِ التَّقَاطُهَا . وَقَالَ اللَّيْثُ
ابن سَعْدٍ : لَا أَحِبُّ أَنْ يَقْرَبَهَا ، إِلَّا أَنْ يَحُوزَهَا^(٥) لِصَاحِبِهَا ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ :
« لَا يُرَوَّى الضَّأَلَةُ إِلَّا ضَالًّا »^(٦) . وَلأنَّهُ حَيَوَانٌ أَشْبَهَ الْإِبِلَ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ ،
لَمَّا سُئِلَ عَنِ الشَّاةِ : « خُذْهَا ، فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّنْبِ » . مُتَّفَقٌ
عليه^(٧) . وَلأنَّهُ يُخْشَى عَلَيْهِ التَّلَفُ وَالضَّيَاعُ / ، فَأَشْبَهَ لُقْطَةً غَيْرَ الْحَيَوَانِ ، وَحَدِيثُنَا
أَخْصَ مِنْ حَدِيثِهِمْ ، فَتَخَصَّصَهُ بِهِ ، وَالْقِيَاسُ عَلَى الْإِبِلِ لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَلَّلَ
مَنْعَ التَّقَاطِ بِأَنْ مَعَهَا جِذَاءٌ وَسِقَاءٌ ، وَهَذَا مَعْدُومٌ فِي الْعَنَمِ ، ثُمَّ قَدْ فَرَّقَ النَّبِيُّ ﷺ
بَيْنَهُمَا فِي خَبَرٍ وَاحِدٍ ، فَلَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَ مَا فَرَّقَ الشَّارِعُ بَيْنَهُمَا ، وَلَا قِيَاسُ مَا أَمَرَ
بِالتَّقَاطِ عَلَى مَا مَنْعَ ذَلِكَ فِيهِ^(٨) . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَجِدَهَا بِمِصْرٍ أَوْ
بِمَهْلَكَةٍ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، فِي الشَّاةِ تُوجَدُ فِي الصَّحْرَاءِ :
اذْبَحْهَا ، وَكُلْهَا . وَفِي الْمِصْرِ : ضُمَّهَا حَتَّى يَجِدَهَا صَاحِبُهَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ :
« هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّنْبِ » . وَالذَّنْبُ لَا يَكُونُ فِي الْمِصْرِ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ
قَالَ : « خُذْهَا » . وَلَمْ يُفَرِّقْ ، وَلَمْ يَسْتَفْصِلْ ، وَلَوْ افْتَرَقَ^(٩) الْحَالُ لَسَأَلَ
وَأَسْتَفْصَلَ^(١٠) ، وَلأنَّهَا لُقْطَةٌ ، فَاسْتَوَى فِيهَا الْمِصْرُ وَالصَّحْرَاءُ ، كَسَائِرِ اللَّقْطَاتِ .
« وَقَوْلُهُمْ : إِنْ الذَّنْبُ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي الصَّحْرَاءِ . قُلْنَا : كَوْنُهَا لِلذَّنْبِ فِي الصَّحْرَاءِ
لَا يَمْنَعُ^(١١) كَوْنُهَا لغيرِهِ فِي الْمِصْرِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ مَتَى عَرَفَهَا حَوْلًا كَامِلًا ،

(٥) في م : « يَحُوزُهَا » .

(٦) أخرجه مسلم ، في : باب في لقطة الحاج ، من كتاب اللقطة . صحيح مسلم ١٣٥١/٣ . وأبو داود ، في :
كتاب اللقطة : سنن أبي داود ٣٩٩/١ . والإمام مالك ، في : باب القضاء في الضوال ، من كتاب الأقضية . الموطأ
٧٥٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١١٧/٤ .

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٠ .

(٨) في م : « مِنْهُ » .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) في م : « أَوْ اسْتَفْصَلَ » .

(١١) (١١ - ١١) سقط من : الأصل .

مَلَكُهَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، عَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا .
وَلَعَلُّهَا الرِّوَايَةُ الَّتِي مَنَعَ مِنَ التَّقَاطُطِ فِيهَا . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « هِيَ لَكَ أَوْ
لِأَخِيكَ » . فَأَضَافَهَا إِلَيْهِ بِلَامِ التَّمْلِكِ ^(١٢) ، وَلَئِنْهَا يُنَاحُ ^(١٣) التَّقَاطُطُ ، فَمِلِكْتُ
بِالتَّعْرِيفِ ، كَالْأَثْمَانِ ، وَلَآنَ ذَلِكَ إِجْمَاعٌ ، حَكَاهُ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ .

فصل : وَيَتَخَيَّرُ مُلْتَقِطُهَا بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ ؛ أَكْلُهَا فِي الْحَالِ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو
حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ ضَالَّةَ الْعَنْمِ ، فِي
الْمَوْضِعِ ^(١٤) الْمَخُوفِ عَلَيْهَا ، لَهُ أَكْلُهَا . وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « هِيَ
لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّنْبِ » . فَجَعَلَهَا فِي الْحَالِ ، وَسَوَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الذَّنْبِ ، وَالذَّنْبُ
لَا يَسْتَأْنِي ^(١٥) بِأَكْلِهَا ، وَلَآنَ فِي أَكْلِهَا فِي الْحَالِ إِغْنَاءٌ عَنِ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَحِرَاسَةٌ
لِمَالِيَّتِهَا عَلَى صَاحِبِهَا إِذَا جَاءَ ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُ قِيَمَتَهَا بِكَمَالِهَا مِنْ غَيْرِ تَقْصُرٍ ، وَفِي إِبْقَائِهَا
تَضْيِيعٌ لِلْمَالِ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَالْعَرَامَةُ فِي عِلْفِهَا ، فَكَانَ أَكْلُهَا أَوْلَى . وَمَتَى أَرَادَ أَكْلُهَا
حَفِظَ صِفَتَهَا ، فَمَتَى جَاءَ صَاحِبُهَا غَرِمَهَا لَهُ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا مَالِكًا ،
فَإِنَّهُ قَالَ : كُلُّهَا ، وَلَا غَرَمَ عَلَيْكَ لِصَاحِبِهَا وَلَا تَعْرِيفٌ ؛ لقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « هِيَ
لَكَ » . وَلَمْ يُوجِبْ فِيهَا تَعْرِيفًا وَلَا غَرَمًا ، وَسَوَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الذَّنْبِ ، وَالذَّنْبُ لَا يُعْرِفُ
وَلَا يُغَرَّمُ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : لَمْ يُوَافِقْ مَالِكًا أَحَدٌ مِنَ الْعُلَمَاءِ عَلَى قَوْلِهِ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ
ﷺ / فِي حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو : « رُدَّ عَلَى أَخِيكَ ضَالَّتُهُ » ^(١٦) . ذَلِيلٌ عَلَى أَنَّ
الشَّاةَ عَلَى مِلْكِ صَاحِبِهَا ، وَلَئِنْهَا لُقْطَةٌ لَهَا قِيَمَةٌ ، وَتَتَبَعُهَا النَّفْسُ ، فَتَجِبُ غَرَامَتُهَا
لِصَاحِبِهَا إِذَا جَاءَ كَغَيْرِهَا ، وَلَئِنْهَا مِلْكٌ لِصَاحِبِهَا ، فَلَمْ يَجْزُ تَمْلِكُهَا عَلَيْهِ بِغَيْرِ عَوَضٍ
مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ ، كَالْوُكَاةِ بَيْنَ الْبَنِيَانِ ، وَلَئِنْهَا عَيْنٌ يَجِبُ رَدُّهَا مَعَ بَقَائِهَا ، فَوَجِبَ

(١٢) فِي م : التَّمْلِكِ .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : مَبَاحٌ .

(١٤) فِي م : الْمَوَاضِعُ .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : يَتَأْنَى . وَلَعَلُّهَا : يَتَأْنَى .

(١٦) أَخْرَجَهُ الطَّحَاوِيُّ . شَرْحُ مَعَانِي الْأَثَارِ ١٣٥/٤ .

عَرُمُهَا إِذَا اتَّلَفَهَا ، كُلْقَطَةَ الذَّهَبِ . وقول النبي ﷺ : « هِيَ لَكَ » . لَا يَمْنَعُ وَجُوبَ غَرَامَتِهَا ، فَإِنَّهُ قَدْ أُذِنَ فِي لُقْطَةِ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ بَعْدَ تَعْرِيفِهَا ، فِي أَكْلِهَا وَإِنْفَاقِهَا ، وقال : « هِيَ كَسَائِرُ مَالِكَ » ^(١٧) . ثُمَّ أَجْمَعْنَا عَلَى وَجُوبِ غَرَامَتِهَا ، كَذَلِكَ الشَّاةُ ، وَلَا فَرْقَ فِي إِبَاحَةِ أَكْلِهَا بَيْنَ وَجْدَانِهَا فِي الصَّخْرَاءِ أَوْ فِي الْمِصْرِ . وقال مَالِكٌ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : لَيْسَ لَهُ أَكْلُهَا فِي الْمِصْرِ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ يَبِيعُهَا ، بِخِلَافِ الصَّخْرَاءِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا جَازَ أَكْلَهُ فِي الصَّخْرَاءِ ، أُبِيحَ فِي الْمِصْرِ ، كَسَائِرِ الْمَأْكُولَاتِ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « هِيَ لَكَ » . وَلَمْ يُفَرِّقْ ، وَلِأَنَّ أَكْلَهَا مُعَلَّلٌ بِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الِاسْتِغْنَاءِ عَنِ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَهَذَا ^(١٨) فِي الْمِصْرِ أَشَدُّ مِنْهُ فِي الصَّخْرَاءِ . الثَّانِي ، أَنَّ يُنْسِكُهَا عَلَى صَاحِبِهَا ، وَيُنْفَقُ عَلَيْهَا مِنْ مَالِهِ ، وَلَا يَتَمَلَّكُهَا . وَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يُنْفَقَ عَلَيْهَا مُحْتَسِبًا بِالتَّفَقُّعِ عَلَى مَالِكِهَا ، وَأَشْهَدُ عَلَى ذَلِكَ ، فَهَلْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِالتَّفَقُّعِ ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَرْجِعُ بِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ الْمُروِّذِيِّ ، فِي طَبَرَةِ أَفْرَحَتْ عِنْدَ قَوْمٍ ، فَقَضَى أَنْ الْفِرَاحَ لِصَاحِبِ الطَّيْرَةِ ، وَيَرْجِعُ بِالْعَلْفِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُتَطَوِّعًا . وَقَضَى عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ فِي مَنْ وَجَدَ ضَالَّةً ، فَأَنْفَقَ عَلَيْهَا ، وَجَاءَ رَبُّهَا ، بِأَنَّهُ يَعْرِفُ لَهُ مَا أَنْفَقَ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ أَنْفَقَ عَلَى اللَّقْطَةِ لِحِفْظِهَا ، فَكَانَ مِنْ مَالِ صَاحِبِهَا ، كَمَوْثَةِ الرُّطَبِ وَالْعِنَبِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّعْبِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَلَمْ يُعْجِبِ الشَّعْبِيُّ قَضَاءَ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ؛ لِأَنَّهُ أَنْفَقَ عَلَى مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِهِ ^(١٩) ، كَمَا لَوْ بَنَى دَارَهُ ، وَيُقَارِقُ الْعِنَبَ وَالرُّطَبَ ، فَإِنَّهُ رَبُّمَا كَانَ تَجْفِيْفُهُ وَالْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ أَحْظَ لِصَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّ التَّفَقُّعَ لَا يَتَكَرَّرُ ، وَالْحَيَوَانَ يُتَكَرَّرُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ ، فَرَبُّمَا اسْتَعْرِقَ قِيَمَتَهُ ، فَكَانَ يَبِيعُهُ أَوْ أَكْلَهُ أَحْظَ ، فَلِذَلِكَ لَمْ يَحْتَسِبِ الْمُتَنَفِّقُ عَلَيْهَا بِمَا أَنْفَقَ . الثَّالِثُ ، أَنْ يَبِيعَهَا وَيَحْفَظَ ثَمَنَهَا لِصَاحِبِهَا ، وَلَهُ

(١٧) تقدم في صفحة ٢٩٠ .

(١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) سقط من : م .

أَنْ يَتَوَلَّى ذَلِكَ بِنَفْسِهِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : يَبِيعُهَا بِإِذْنِ الْإِمَامِ . وَلَنَا ،
أَنَّهُ إِذَا جَازَ لَهُ أَكْلُهَا بِغَيْرِ^(٢٠) إِذْنٍ ، فَيَبِيعُهَا أَوَّلَى . وَلَمْ يَذْكُرْ أَصْحَابُنَا لَهَا تَعْرِيفًا فِي هَذِهِ ٢٠٠/٥ ظ
الْمَوَاضِعِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِحَدِيثِ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ ؛ فَإِنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ : « خُذْهَا ،
فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّنْبِ » . وَلَمْ يَأْمُرْ بِتَعْرِيفِهَا ، كَمَا أَمَرَ فِي لُقْطَةِ الذَّهَبِ
وَالْوَرِقِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا لُقْطَةٌ لَهَا خَطَرٌ ، فَوَجِبَ تَعْرِيفُهَا ، كَالْمَطْعُومِ الْكَثِيرِ ، وَإِنَّمَا تَرَكَ
ذِكْرَ تَعْرِيفِهَا لِأَنَّهُ ذَكَرَهَا بَعْدَ بَيَانِهِ التَّعْرِيفَ فِيمَا سِوَاهَا ، فَاسْتَعْنَى بِذَلِكَ عَنْ ذِكْرِهِ فِيهَا ،
وَلَا يَلْزَمُ مِنْ جَوَازِ التَّصَرُّفِ فِيهَا فِي الْحَوْلِ سُقُوطُ التَّعْرِيفِ ، كَالْمَطْعُومِ .

فصل : إِذَا أَكَلَهَا ثَبَتَتْ قِيمَتُهَا فِي ذِمَّتِهِ ، وَلَا يَلْزَمُهُ عَزْلُهَا ؛ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِي ذَلِكَ ،
فَإِنَّهَا لَا تَنْتَقِلُ مِنَ الذِّمَّةِ إِلَى الْمَالِ الْمَعْزُولِ . وَلَوْ عَزَلَ شَيْئًا ثُمَّ أَفْلَسَ ، كَانَ صَاحِبُ اللَّقِطِ
أُسْوَةَ الْغُرَمَاءِ ، وَلَمْ يَخْتَصَّ بِالْمَالِ الْمَعْزُولِ . وَإِنْ بَاعَهَا ، وَحَفِظَ ثَمَنَهَا ، وَجَاءَ
صَاحِبُهَا ، أَخَذَهُ ، وَلَمْ يُشَارِكْ فِيهِ أَحَدٌ مِنَ الْغُرَمَاءِ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِهِ ، لَا شَيْءَ لِلْمُفْلِسِ
فِيهِ .

فصل : وَإِذَا التَّقَطَّ مَا لَا يَتَقَيَّ عَامًّا ، فَذَلِكَ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا مَا لَا يَتَقَيَّ بِعِلَاجٍ
وَلَا غَيْرِهِ ، كَالطَّبِيخِ ، وَالْبَطِيخِ ، وَالْفَاكِهَةِ الَّتِي لَا تُحْفَفُ ، وَالْخَضِرَاوَاتِ . فَهُوَ
مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَكْلِهِ ، وَبَيْعِهِ وَحِفْظِ ثَمَنِهِ ، وَلَا يَجُوزُ إِبْقَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَلَفُ . فَإِنْ تَرَكَهُ حَتَّى
تَلَفَ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَرِطٌ فِي حِفْظِهِ ، فَلَزِمَ ضَمَانُهُ ، كَالْوَدِيعَةِ . فَإِنْ أَكَلَهُ
ثَبَتَتْ الْقِيَمَةُ فِي ذِمَّتِهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِي لُقْطَةِ الْعَنَمِ . وَإِنْ بَاعَهُ وَحَفِظَ ثَمَنَهُ ، جَازَ .
وَهَذَا ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَلَهُ أَنْ يَتَوَلَّى بَيْعَهُ بِنَفْسِهِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ^(٢١) لَهُ بَيْعُ
الْيَسِيرِ ، وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا دَفَعَهُ إِلَى السُّلْطَانِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَيْسَ لَهُ بَيْعُهُ

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : مِنْ غَيْرِ .

(٢١) سَقَطَ مِنْ : م .

إِلَّا بِإِذْنِ الْحَاكِمِ ، فَإِنْ عَجَزَ عَنْهُ ، جَازَ الْبَيْعُ بِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ حَالُ ضَرُورَةٍ ، فَأَمَّا مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى اسْتِغْدَانِهِ ، فَلَا يَجُوزُ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مَعْصُومٌ ، لَا وِلَايَةَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَحْزَلْ لِعَبْرِ الْحَاكِمِ بَيْعُهُ ، كَغَيْرِ اللَّقْطَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَالٌ أُبِيحَ لِلْمُلْتَقِطِ أَكْلَهُ ، فَأُبِيحَ لَهُ بَيْعُهُ ، كَمَا لَهُ ، وَلِأَنَّهُ مَالٌ أُبِيحَ لَهُ بَيْعُهُ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنِ الْحَاكِمِ ، فَجَازَ عِنْدَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ مَتَى أَرَادَ أَكْلَهُ أَوْ بَيْعَهُ ، حَفِظَ صِفَاتِهِ ، ثُمَّ عَرَفَهُ عَامًّا ، فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهُ ، فَإِنْ كَانَ قَدْ بَاعَهُ وَحَفِظَ ثَمَنَهُ ، دَفَعَهُ إِلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ قَدْ أَكَلَهُ أَوْ أَكَلَ ثَمَنَهُ ، غَرِمَهُ لَهُ بِقِيَمَتِهِ يَوْمَ أَكَلِهِ . وَإِنْ تَلَفَ الثَّمَنُ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ قَبْلَ تَمَلُّكِهِ ، أَوْ نَقَصَ أَوْ تَلَفَتِ الْعَيْنُ ، أَوْ نَقَصَتْ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطِهِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمُلتَقِطِ . وَإِنْ تَلَفَتْ ^(٢٢) أَوْ نَقَصَتْ ^(٢٣) أَوْ نَقَصَ الثَّمَنُ لِتَفْرِيطِهِ ، فَعَلَى الْمُلتَقِطِ ضَمَانُهُ ، وَكَذَلِكَ إِنْ تَلَفَ الثَّمَنُ بَعْدَ تَمَلُّكِهِ ، أَوْ نَقَصَ ، ضَمِنَهُ . / النَّوْعُ الثَّانِي ، مَا يُمَكِّنُ بَقَاؤَهُ ^(٢٤) بِالْعِلَاجِ ، كَالْعِنَبِ وَالرُّطَبِ ، فَيَنْظُرُ فِيهِمَا ^(٢٥) فِيهِ الْحَظُّ لِصَاحِبِهِ ، فَإِنْ كَانَ فِي التَّجْفِيفِ جَفَفَهُ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ غَيْرُهُ ، فَلَزِمَهُ مَا فِيهِ الْحَظُّ لِصَاحِبِهِ ، كَوَلِيِّ الْيَتِيمِ ، وَإِنْ اخْتِجَاجٌ فِي التَّجْفِيفِ إِلَى غَرَامَةٍ ، بَاعَ بَعْضُهُ فِي ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ الْحَظُّ فِي بَيْعِهِ ، بَاعَهُ ، وَحَفِظَ ثَمَنَهُ ، كَالطَّعَامِ وَالرُّطَبِ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ بَيْعُهُ ، وَلَمْ يُمَكِّنْ تَجْفِيفُهُ ، تَعَيَّنَ أَكْلُهُ ، كَالْبَطِيخِ . وَإِنْ كَانَ أَكْلُهُ أَنْفَعَ لِصَاحِبِهِ ، فَلَهُ أَكْلُهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْحَظَّ فِيهِ . وَيَقْتَضِي قَوْلُ أَصْحَابِنَا : إِنَّ الْعُرُوضَ لَا تُمْلِكُ بِالتَّعْرِيفِ . أَنَّ هَذَا كُلَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ أَكْلُهُ ، لَكِنْ يَتَخَيَّرُ ^(٢٥) بَيْنَ الصَّدَقَةِ بِهِ وَبَيْنَ بَيْعِهِ . وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ يَجِدُ فِي مَنْزِلِهِ طَعَامًا لَا يَعْرِفُهُ : يُعْرِفُهُ مَا لَمْ يَحْشَ فَسَادَهُ ، فَإِنْ حَشَى فَسَادَهُ ، تَصَدَّقَ بِهِ ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهُ غَرِمَهُ . وَكَذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ . وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، فِي لُقْطَةٍ مَا لَا يَنْقَى سَنَةً : يَتَصَدَّقُ بِهِ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ : يَبِيعُهُ ، وَيَتَصَدَّقُ بِثَمَنِهِ . وَلَنَا ، عَلَى جَوَازِ أَكْلِهِ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ

و ٢٠١/٥

(٢٢) - (٢٣) سقط من : م .

(٢٣) في م : « إبقاؤه » .

(٢٤) في م : « ما » .

(٢٥) في م : « بخير » .

فِي ضَالَّةِ الْغَنَمِ : « حُذِّهَا ، فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ ، أَوْ لِأَخِيكَ ، أَوْ لِلذَّئِبِ » . وَهَذَا تَجْوِيزٌ لِلْأَكْلِ ، فَإِذَا جَازَ فِيمَا هُوَ مَحْفُوظٌ بِنَفْسِهِ ، فَفِيمَا يَفْسُدُ بِبَقَائِهِ أَوَّلَى .

٩٤٩ - مسألة : قال : (وَلَا يَتَعَرَّضُ لِبَعِيرٍ ، وَلَا لِمَا فِيهِ قُوَّةٌ يَمْنَعُ عَنْ نَفْسِهِ)

وجملة ذلك أَنَّ كُلَّ حَيَوَانٍ يَقْوَى عَلَى الْامْتِنَاعِ مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ ، وَوُرُودِ الْمَاءِ ، لَا يَجُوزُ التَّقَاطُطُ ، وَلَا التَّعَرُّضُ لَهُ ، سَوَاءً كَانَ لِكَبِيرٍ جُثَّتِهِ ، كَالْإِبِلِ ، وَالْحَيْلِ ، وَالْبَقَرِ ، أَوْ لِطَيْرَانِهِ كَالطُّيُورِ كُلِّهَا ، أَوْ لِسُرْعَتِهِ ، كَالظُّبَاءِ وَالصَّيُودِ ، أَوْ بِنَائِهِ كَالْكِلَابِ وَالْفُهُودِ . قَالَ عَمْرٌ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : مَنْ أَخَذَ ضَالَّةً ، فَهُوَ ضَالٌّ ، أَيْ مُخْطِئٌ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ، فِي ضَالَّةِ الْإِبِلِ : مَنْ وَجَدَهَا فِي الْقَرْيِ عَرَفَهَا ، وَمَنْ وَجَدَهَا فِي الصَّحْرَاءِ لَا يَفْرِئُهَا . وَرَوَاهُ الْمُزْنِيُّ عَنْ الشَّافِعِيِّ . وَكَانَ الزُّهْرِيُّ يَقُولُ : مَنْ وَجَدَ بَدَنَةً فَلْيُعْرِفْهَا ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ صَاحِبَهَا فَلْيَنْحَرِّهَا قَبْلَ أَنْ تَنْقُضِيَ الْأَيَّامَ الثَّلَاثَةَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : « هِيَ لُقْطَةٌ »^(١) يُبَاحُ التَّقَاطُطُ ؛ لِأَنَّهَا لُقْطَةٌ أَشْبَهَتْ الْغَنَمَ . وَلَنَا ، قَوْلُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لَمَّا سُئِلَ عَنْهَا : « مَالِكٌ وَلَهَا ؟ مَعَهَا جَدَاؤُهَا وَسِقَاؤُهَا ، تَرُدُّ الْمَاءَ ، وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ ، حَتَّى يَجِدَهَا رَبُّهَا »^(٢) . وَسُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقِيلَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّا نَصِيبُ هَوَامِيَ الْإِبِلِ . قَالَ : « ضَالَّةُ الْمُسْلِمِ حَرَقُ النَّارِ »^(٣) . وَرَوَى عَنْ جَرِيرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّهُ أَمَرَ بِطَرْدِ بَقَرَةٍ لِحَقِّقِ بَيْقَرِهِ / حَتَّى تَوَارَتْ ، وَقَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « لَا يُؤْوَى^(٤) الضَّالَّةُ إِلَّا ضَالٌّ » رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ بِمَعْنَاهُ^(٥) . وَقِيَاسُهُمْ يُعَارِضُ صَرِيحَ النَّصِّ ،

(١ - ١) فِي م : « فِي لَفْظٍ » .

(٢) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٢٩٠ .

(٣) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٣٠٧ .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « يَاوَى » .

(٥) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٣١٥ .

وكيف يجوز ترك نص النبي ﷺ وصريح قوله بقياس نصه في موضع آخر ! على أن الإبل تُفارق الغنم ، لِضَعْفِهَا ، وَقِلَّةِ صَبْرِهَا عَنِ الْمَاءِ .

فصل : فإن كانت الصيود مُسْتَوْحِشَةً ، إِذَا تَرَكْتَ رَجَعْتَ إِلَى الصَّخْرَاءِ ، وَعَجَزَ عَنْهَا صَاحِبُهَا ، جَازَ التَّقَاطُطُ ؛ لِأَنَّ تَرْكَهَا أَضْيَعُ لَهَا مِنْ سَائِرِ الْأَمْوَالِ ، وَالْمَقْصُودُ حِفْظُهَا لِصَاحِبِهَا ، لَا حِفْظُهَا فِي نَفْسِهَا ، وَلَوْ كَانَ الْمَقْصُودُ حِفْظُهَا فِي أَنْفُسِهَا لَمَا جَازَ التَّقَاطُطُ الْأَثْمَانِ ، فَإِنَّ الدِّينَارَ دِينَارٌ حَيْثُمَا كَانَ .

فصل : وَالْبَقَرَةُ كَالْإِبِلِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ . وَحُكِيَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ الْبَقَرَةَ كَالشَّاةِ . وَلَنَا ، خَيْرُ جَرِيرٍ فَإِنَّهُ طَرَدَ الْبَقَرَةَ وَلَمْ يَأْخُذْهَا ، وَلَئِنْهَا تَمْتَنِعُ عَنْ صِغَارِ السَّبَاعِ ، وَتُجْزَى فِي الْأَضْحِيَّةِ وَالْهَذْيِ عَنْ سَبْعَةٍ ، فَأُشْبِهَتْ الْإِبِلُ . وَكَذَا الْحُكْمُ فِي الْخَيْلِ وَالْبِعَالِ . فَأَمَّا الْحُمْرُ ، فَجَعَلَهَا أَصْحَابُنَا مِنْ هَذَا الْقِسْمِ الَّذِي لَا يَجُوزُ التَّقَاطُطُ ؛ لِأَنَّ لَهَا أَجْسَامًا كَبِيرَةً ^(٦) عَظِيمَةً ، فَأُشْبِهَتْ الْبِعَالَ وَالْخَيْلَ ، وَلَئِنْهَا مِنَ الدَّوَابِّ ، فَأُشْبِهَتْ الْبِعَالَ . وَالْأُولَى إِنْ حَاقَهَا بِالشَّاةِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَلَّلَ الْإِبِلَ بِأَنْ مَعَهَا حِذَاءُهَا وَسِقَاءُهَا . يُرِيدُ شِدَّةَ صَبْرِهَا عَنِ الْمَاءِ ؛ لِكَثْرَةِ مَا تُوعَى فِي بَطُونِهَا مِنْهُ ، وَقُوَّتِهَا عَلَى وُزُوْدِهِ ، وَفِي إِبَاحَةِ ضَالَّةِ الْغَنَمِ بِأَنَّهَا مُعَرَّضَةٌ لِأَخْذِ الذُّبِّ إِثَّاها ، بِقَوْلِهِ : « هِيَ لَكَ ، أَوْ لِأَخِيكَ ، أَوْ لِلذُّبِّ » ^(٧) . وَالْحُمْرُ مُسَاوِيَةٌ لِلشَّاةِ فِي عِلَّتِهَا ، فَإِنَّهَا لَا تَمْتَنِعُ مِنَ الذُّبِّ ، وَمُفَارِقَةُ الْإِبِلِ فِي عِلَّتِهَا ، فَإِنَّهَا لَا صَبْرَ لَهَا عَنِ الْمَاءِ ، وَهَذَا يُضَرِّبُ الْمَثَلَ بِقِلَّةِ صَبْرِهَا عَنْهُ ، فَيَقَالُ : مَا بَقِيَ مِنْ مُدَّتِهِ ^(٨) إِلَّا ظِمٌّ ^(٩) حِمَارٍ . وَإِنْ حَاقَ الشَّيْءُ بِمَا سَاوَاهُ فِي عِلَّةِ الْحُكْمِ وَفَارَقَهُ فِي الصُّورَةِ ، أَوَّلَى مِنَ إِنْ حَاقَهُ بِمَا قَارَبَهُ فِي الصُّورَةِ وَفَارَقَهُ فِي الْعِلَّةِ . فَأَمَّا غَيْرُ الْحَيَوَانِ ، فَمَا كَانَ مِنْهُ يَنْحَفِظُ بِنَفْسِهِ ، كَأَحْجَارٍ

(٦) سقط من : م .

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٠ .

(٨) في م : « مدتها » .

(٩) الظم : ما بين الشربتين .

الطَّوَّاجِينِ ، والكَبِيرِ مِنَ الْحَشَبِ ، وَقُدُورِ النَّحَاسِ ، فَهُوَ كَالْإِبِلِ فِي تَحْرِيمِ أَخْذِهِ ، بَلْ أَوْلَى مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْإِبِلَ تَتَعَرَّضُ فِي الْجُمْلَةِ لِلتَّلَفِ ، إِمَّا بِالْأَسَدِ ، وَإِمَّا بِالْجُوعِ أَوْ الْعَطَشِ^(١٠) ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، وَهَذِهِ بِخِلَافِ ذَلِكَ ، وَلِأَنَّ هَذِهِ لَا تَكَادُ تَضِيعُ عَنْ صَاحِبِهَا وَلَا تَبْرَحُ مِنْ مَكَانِهَا بِخِلَافِ الْحَيَّوَانِ ، فَإِذَا حُرِّمَ أَخْذُ الْحَيَّوَانِ ، فَهَذِهِ أَوْلَى .

فصل : فَإِنْ أَخَذَ هَذَا الْحَيَّوَانِ الَّذِي لَا يَجُوزُ أَخْذُهُ عَلَى سَبِيلِ الْإِتْقَاطِ ، ضَمِنَهُ ، إِمَامًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ ؛ لِأَنَّهُ / أَخَذَ مِلْكَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَلَا إِذْنِ الشَّارِعِ لَهُ ، فَهُوَ كَالْغَاصِبِ . فَإِنْ رَدَّهَ إِلَى مَوْضِعِهِ ، لَمْ يَتَرَأَّ مِنَ الضَّمَانِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : يَتَرَأَّ ؛ لِأَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : أُرْسِلُهُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي أَصَبْتَهُ فِيهِ . وَجَرِيرٌ طَرَدَ الْبَقْرَةَ الَّتِي لِحَقَّتْ بِبَقَرِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا لَزِمَهُ ضَمَانُهُ لَا يَزُولُ عَنْهُ^(١١) إِلَّا بِرَدِّهِ إِلَى صَاحِبِهِ أَوْ نَائِبِهِ ، كَالْمَسْرُوقِ وَالْمَقْصُوبِ . وَأَمَّا حَدِيثُ جَرِيرٍ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ الْبَقْرَةَ ، وَلَا أَخَذَهَا رَاعِيَهُ ، إِنَّمَا لِحَقَّتْ بِالْبَقَرِ ، فَطَرَدَهَا عَنْهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ دَخَلَتْ دَارَهُ فَأَخْرَجَهَا . فَعَلَى هَذَا ، مَتَى لَمْ يَأْخُذْهَا بِحَيْثُ ثَبَتَتْ يَدُهُ عَلَيْهَا ، لَا يَلْزَمُهُ ضَمَانُهَا ،^(١٢) سِوَاءَ طَرَدَهَا أَوْ لَمْ يَطْرُدْهَا . وَإِنْ أَخَذَهَا فَلَزِمَهُ^(١٣) ضَمَانُهَا^(١٤) ، فَدَفَعَهَا إِلَى الْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ ، زَالَ عَنْهُ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّ لَهُ نَظَرَ فِي ضَوَالِ النَّاسِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ لَهُ أَخْذَهَا ، فَكَانَ نَائِبًا عَنْ أَصْحَابِهَا فِيهَا .

فصل : وَلِلْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ أَخْذُ الضَّالَّةِ عَلَى وَجْهِ الْحِفْظِ لِصَاحِبِهَا ؛ لِأَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، حَمَى مَوْضِعًا يُقَالُ لَهُ^(١٥) التَّنْقِيعُ لِحَيْلِ الْمُجَاهِدِينَ وَالضُّوَالِ^(١٥) ، وَلِأَنَّ لِلْإِمَامِ نَظَرَ فِي حِفْظِ مَالِ الْغَائِبِ ، وَفِي أَخْذِ هَذِهِ حِفْظٌ لَهَا عَنْ الْهَلَاكِ . وَلَا يَلْزَمُهُ

(١٠) ق م : (١) والعطش .

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢ - ١٣) سقط من : الأصل .

(١٣) ق م : (١) تلزمه . ولعل الصواب ما أثبتناه .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) انظر ما تقدم في صفحة ١٦٦ .

تَعْرِيفُهَا ؛ لِأَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، لَمْ يَكُنْ يُعَرِّفُ الضَّوْالَّ . وَلِأَنَّهُ إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ ، فَمَنْ كَانَتْ لَهُ ضَالَّةٌ فَإِنَّهُ يَجِيءُ إِلَى مَوْضِعِ ^(١٦) الضَّوْالِّ ، فَإِذَا عُرِفَ ضَالَّتُهُ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَيْهَا وَأَخَذَهَا ، وَلَا يُكْتَفَى فِيهَا بِالصَّفَةِ ؛ لِأَنَّهَا ظَاهِرَةٌ بَيْنَ النَّاسِ ، فَيَعْرِفُ صِفَاتِهَا مَنْ رَأَاهَا مِنْ غَيْرِ أَهْلِهَا ، فَلَا تَكُونُ الصَّفَةُ هَا دَلِيلًا عَلَى مِلْكِهِ هَا . وَلِأَنَّ الضَّالَّةَ قَدْ كَانَتْ ظَاهِرَةً بَيْنَ النَّاسِ حِينَ كَانَتْ فِي يَدِ مَالِكِهَا ، فَلَا يَخْتَصُّهُ بِمَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا دُونَ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ دَلِيلًا ، وَيُمْكِنُهُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهَا لِظُهُورِهَا لِلنَّاسِ ، وَمَعْرِفَةُ خُلَاطَائِهِ وَجِيرَانِهِ بِمِلْكِهِ إِيَّاهَا .

فصل : وَإِنْ أَخَذَهَا غَيْرُ الْإِمَامِ أَوْ نَائِبُهُ لِيَحْفَظَهَا لِصَاحِبِهَا ، لَمْ يَجُزْ لَهُ ذَلِكَ ، وَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى صَاحِبِهَا . وَهَذَا ظَاهِرٌ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَلِأَصْحَابِهِ وَجْهٌ ، أَنَّهُ لَوْ أَخَذَهَا لِحِفْظِهَا ، قِيَاسًا عَلَى الْإِمَامِ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَنَعَ أَخْذَهَا مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ بَيْنَ قَاصِدِ الْحِفْظِ وَقَاصِدِ الْإِنْتِقَاطِ ، وَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَى الْإِمَامِ ؛ لِأَنَّ لَهُ وِلَايَةَ ، وَهَذَا لَا وِلَايَةَ لَهُ . وَإِنْ وَجَدَهَا فِي مَوْضِعٍ يَخَافُ عَلَيْهَا بِهِ ، مِثْلَ أَنْ يَجِدَهَا بِأَرْضِ مَسْبُوعَةٍ ، يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّ الْأَسَدَ يَفْتَرِسُهَا إِنْ تَرَكْتُهَا بِهِ ، أَوْ قَرِيبًا ^(١٧) مِنْ دَارِ الْحَرْبِ ، يَخَافُ عَلَيْهَا مِنْ أَهْلِهَا ، أَوْ بِمَوْضِعٍ يَسْتَحِلُّ أَهْلُهُ أَمْوَالَ الْمُسْلِمِينَ ، كَوَادِي التَّيْمِ ، أَوْ فِي بَرِّيَّةٍ لَا مَاءَ بِهَا / وَلَا مَرْعَى ، فَلَا أَوْلَى جَوَازُ أَخْذِهَا لِلْحِفْظِ ، وَلَا ضَمَانَ عَلَى آخِذِهَا ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِتْقَادَهَا مِنَ الْهَلَاكِ ، فَأَشْبَهَ تَخْلِيصَهَا مِنْ غَرَقٍ أَوْ حَرِيقٍ . فَإِذَا حَصَلَتْ فِي يَدِهِ ، سَلَّمَهَا إِلَى نَائِبِ الْإِمَامِ ، وَبَرِيءٌ مِنْ ضَمَانِهَا ، وَلَا يَمْلِكُهَا بِالتَّعْرِيفِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ لَمْ يَرِدْ بِذَلِكَ فِيهَا .

ظ ٢٠٢/٥

فصل : وَمَا يَحْصُلُ عِنْدَ الْإِمَامِ مِنَ الضَّوْالِّ ، فَإِنَّهُ يُشْهَدُ عَلَيْهَا ، وَيَسْمُهَا بِأَنَّهَا ضَالَّةٌ ، ثُمَّ إِنْ كَانَ لَهُ حِمَى تُرْعَى فِيهِ ، تَرَكَهَا فِيهِ إِنْ رَأَى ذَلِكَ ، وَإِنْ رَأَى الْمَصْلَحَةَ

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « مَوَاضِع » .

(١٧) فِي م : « فَرَسًا » تَحْرِيفٌ .

فِي يَبِيعُهَا ^(١٨) وَحَفِظَ ثَمَنَهَا ^(١٨) ، أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ حِمَى ، بَاعَهَا بَعْدَ أَنْ يَخْلِيَهَا ، وَيَحْفَظُ صِفَاتِهَا ، وَيَحْفَظُ ثَمَنَهَا لِصَاحِبِهَا ، فَإِنَّ ذَلِكَ أَحْفَظُ لَهَا ؛ لِأَنَّ تَرْكَهَا يُفْضِي إِلَى أَنْ تَأْكُلَ جَمِيعَ ثَمَنِهَا .

فصل : وَمَنْ تَرَكَ ذَابَّةً بِمَهْلَكَةٍ ، فَأَخَذَهَا إِنْسَانٌ ، فَأَطْعَمَهَا وَسَقَاهَا وَخَلَصَهَا ، مَلَكَهَا . وَبِهِ قَالَ اللَّيْثُ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَإِسْحَاقُ . إِلَّا أَنْ يَكُونَ تَرَكَهَا لِيَرْجِعَ إِلَيْهَا ، أَوْ ضَلَّتْ مِنْهُ . وَقَالَ مَالِكٌ : هِيَ لِمَالِكِهَا الْأَوَّلِ ، وَيَعْرُمُ مَا أَتَفَقَّ عَلَيْهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُثَنِّ : هِيَ لِمَالِكِهَا ، وَالْآخَرُ مُتَبَرِّعٌ بِالتَّفَقُّعِ ، لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ غَيْرُهُ ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ بَغِيرُ عَوَضٍ مِنْ غَيْرِ رِضَاةٍ ، ^(١٨) كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي غَيْرِ مَهْلَكَةٍ ، وَلَا يَمْلِكُ الرُّجُوعُ ؛ لِأَنَّهُ أَتَفَقَّ عَلَى مَالٍ غَيْرِهِ بَغِيرِ إِذْنِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ ، كَمَا لَوْ بَنَى دَارَهُ ^(١٨) . وَلَنَا ، مَا رَوَى الشَّعْبِيُّ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَنْ وَجَدَ ذَابَّةً قَدْ عَجَزَ عَنْهَا أَهْلُهَا ، فَسَيَّيَوهَا ، فَأَخَذَهَا ، فَأَخْيَاهَا ، فَهِيَ لَهُ » . قَالَ ^(١٩) عُثَيْدُ اللَّهِ بْنُ حُمَيْدٍ ابْنُ ^(١٩) عَبْدِ الرَّحْمَنِ : فَقُلْتُ - يَعْنِي لِلشَّعْبِيِّ - : مَنْ حَدَّثَكَ بِهَذَا ؟ قَالَ : غَيْرُ وَاحِدٍ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ بِإِسْنَادِهِ ^(٢٠) . وَفِي لَفْظٍ عَنِ الشَّعْبِيِّ ، عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ تَرَكَ ذَابَّةً بِمَهْلَكَةٍ ، فَأَخْيَاهَا رَجُلٌ ، فَهِيَ لِمَنْ أَخْيَاهَا » . وَلِأَنَّ فِي الْحُكْمِ بِمِلْكِهَا إِخْيَاءَهَا وَإِنْقَاذَهَا مِنَ الْهَلَاكِ ، وَحِفْظُهَا لِلْمَالِ عَنِ الضَّيَاعِ ، وَمُحَافَظَةُ عَلَى حُرْمَةِ الْحَيَوَانِ ، وَفِي الْقَوْلِ بِأَنَّهَا لَا تُمْلِكُ تَضْيِيعَ لَذَلِكَ كُلِّهِ ، مِنْ غَيْرِ مَصْلَحَةٍ تَحْصُلُ ، وَلِأَنَّهُ يُبْذَرُ رَغْبَةً عَنْهُ وَعَجْزًا عَنْ أَخْذِهِ ،

(١٨ - ١٨) سقط من : الأصل .

(١٩ - ١٩) سقط من : م ، وفي الأصل ، ١ : « عبد بن حميد بن » . والمثبت في سنن أبي داود . وانظر : تهذيب التهذيب ٩/٧ .

(٢٠) في : باب في من أحيا حسيرا ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٨/٢ . كما أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل يجد ضالة يريد ردها ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ١٩٨/٦ . والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٦٨/٣ .

(٢١) فَمَلَكَهُ أَخَذَهُ (٢١) ، كَالسَّاقِطِ مِنَ السَّنْبِلِ ، وَسَائِرِ مَا يَنْبِذُهُ النَّاسُ رَغْبَةً عَنْهُ .

فصل : وَإِنْ تَرَكَ مَتَاعًا ، فَخَلَّصَهُ إِنْسَانٌ ، لَمْ يَمْلِكْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا حُرْمَةَ لَهُ فِي نَفْسِهِ ، وَلَا يُخْشَى عَلَيْهِ التَّلَفُ ، كَالْخَشْيَةِ عَلَى الْحَيَوَانِ ، فَإِنَّ الْحَيَوَانَ يَمُوتُ إِذَا لَمْ يُطْعَمْ وَيُسْقَى ، وَتَأْكُلُهُ السَّبَاعُ ، وَالْمَتَاعُ يَبْقَى حَتَّى يَرْجِعَ إِلَيْهِ صَاحِبُهُ . وَإِنْ كَانَ الْمَتْرُوكُ عَبْدًا ، لَمْ يُمْلِكْ بِأَخْذِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ فِي الْعَادَةِ يُمَكِّنُهُ التَّخَلُّصُ إِلَى الْأَمَاكِينِ الَّتِي يَعِيشُ فِيهَا ، بِخِلَافِ الْبَيْمَةِ . وَلَهُ اخْتِذُ الْعَبْدِ وَالْمَتَاعِ لِيُخَلَّصَهُ لِصَاحِبِهِ ، وَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ فِي تَخْلِيسِ الْمَتَاعِ . نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَكَذَلِكَ فِي الْعَبْدِ عَلَى قِيَاسِهِ . قَالَ الْقَاضِي : يَجِبُ أَنْ يُحْتَمَلَ قَوْلُهُ فِي وُجُوبِ الْأَجْرِ ، عَلَى أَنَّهُ جَعَلَ / لَهُ ذَلِكَ أَوْ أَمَرَهُ (٢٢) بِهِ ، فَأَمَّا إِنْ لَمْ يَجْعَلْ لَهُ شَيْئًا ، فَلَا جُعْلَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ فِي مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ جُعْلٍ ، فَلَمْ يَسْتَحِقْ شَيْئًا ، كَالْمُلْتَقِطِ . وَهَذَا خِلَافُ ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ فَإِنَّهُ لَوْ جَعَلَ لَهُ جُعْلًا لَأَسْتَحَقَّهُ ، وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ أَجْرَ الْمِثْلِ ، وَيُقَارَقُ هَذَا الْمُلْتَقِطُ ، فَإِنَّ الْمُلْتَقِطَ لَمْ يُخَلَّصِ اللَّقْطَةَ مِنَ الْهَلَاكِ ، وَلَوْ تَرَكَهَا أَمَكَّنَ أَنْ يَرْجِعَ صَاحِبُهَا فَيَطْلُبَهَا فِي (٢٣) مَكَانِهَا فَيَجِدَهَا ، وَهَهُنَا إِنْ لَمْ يُخْرِجْهُ هَذَا ضَاعَ وَهَلَكَ ، وَلَمْ يَرْجِعْ إِلَيْهِ صَاحِبُهُ ، فَقِيَ جُعْلُ الْأَجْرِ فِيهِ حِفْظٌ لِلْأَمْوَالِ مِنْ غَيْرِ مَضَرَّةٍ ، فَجَازَ ذَلِكَ ، كَالْجُعْلِ فِي الْآبِقِ ، وَلِأَنَّ اللَّقْطَةَ جَعَلَ فِيهَا الشَّارِعُ مَا يَحْتَثُّ عَلَى اخْتِذِهَا ، وَهُوَ مِلْكُهَا إِنْ لَمْ يَجِئْ صَاحِبُهَا ، فَانْتَفَى بِهِ عَنِ الْأَجْرِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُشْتَرَعَ فِي هَذَا مَا يَحْتَثُّ عَلَى تَخْلِيسِهِ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى ، وَلَيْسَ إِلَّا الْأَجْرُ . فَأَمَّا مَا الْقَاهِرُ كَاتِبُ الْبَحْرِ فِيهِ ، خَوْفًا مِنَ الْعَرَقِ ، فَلَمْ أَغْلَمْ لِأَصْحَابِنَا فِيهِ قَوْلًا ، سِوَى عُمُومِ قَوْلِهِمُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ هَذَا مَنْ أَخَذَهُ . وَهُوَ قَوْلُ اللَّيْثِ ابْنِ سَعْدٍ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، فِي مَنْ أَخْرَجَهُ ، قَالَ : وَمَا نَضَبَ عَنْهُ الْمَاءُ فَهُوَ لِأَهْلِهِ .

(٢١ - ٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) في الأصل : وأمره .

(٢٣) في م : من .

وقال ابن المُنْذِرِ : يُرَدُّهُ عَلَى أَصْحَابِهِ ، وَلَا جُعْلَ لَهُ . وَيَقْتَضِيهِ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ الْقَاضِي ؛ لِمَا تَقَدَّمَ . وَمُقْتَضَى (٢٤) قَوْلُ الْإِمَامِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّ لِمَنْ أُنْقِذَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَوَجْهُ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الْإِحْتِمَالِ أَنَّ هَذَا مَالُ الْقَاهِ صَاحِبِهِ فِيمَا يَتَلَفُ بِتَرْكِهِ فِيهِ اخْتِيَارًا مِنْهُ ، فَمَلَكَهُ مَنْ أَخَذَهُ ، كَالَّذِي الْقَوَّةُ رَغْبَةً عَنْهُ ، وَلَئِنْ فِيمَا ذَكَرُوهُ تَحْقِيقًا لِإِثْلَافِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كُمُبَاشَرَتِهِ بِالْإِثْلَافِ . فَأَمَّا إِنْ انْكَسَرَتِ السَّفِينَةُ ، فَأَخْرَجَهُ قَوْمٌ ، فَقَالَ مَالِكٌ : يَا أَخْذُ أَصْحَابُ الْمَتَاعِ مَتَاعَهُمْ ، وَلَا شَيْءَ لِلَّذِي أَصَابُوهُ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَالْقَاضِي . وَعَلَى قِيَاسِ نَصِّ أَحْمَدَ يَكُونُ لِمُسْتَخْرِجِهِ هُنَا (٢٥) أَجْرُ الْعِثْلِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ وَسِيلَةٌ إِلَى تَخْلِيصِهِ ، وَحِفْظُهُ لِصَاحِبِهِ ، وَصِيَانَتُهُ عَنِ الْعَرَقِ ، فَإِنَّ الْعَوَاصِ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ يُدْفَعُ إِلَيْهِ الْأَجْرُ ، بَادَرَ إِلَى التَّخْلِيصِ لِيُخَلِّصَهُ ، وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ يُؤْخَذُ مِنْهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، لَمْ يُخَاطِرْ بِنَفْسِهِ فِي اسْتِخْرَاجِهِ ، فَيَتَّبِعِي أَنْ يُقْضَى لَهُ بِالْأَجْرِ ، كَجُعْلٍ رَدَّ الْآبِقِ .

فصل : ذَكَرَ الْقَاضِي فِيمَا إِذَا التَّقَطَّ عَبْدًا صَغِيرًا ، أَوْ جَارِيَةً ، أَنَّ قِيَاسَ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بِالْتَّعْرِيفِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَمْلِكُ الْعَبْدُ دُونَ الْجَارِيَةِ ، لِأَنَّ التَّمْلِكَ بِالْتَّعْرِيفِ عِنْدَهُ اقْتِرَاضٌ ، وَالْجَارِيَةُ عِنْدَهُ لَا تَمْلِكُ بِالْقَرْضِ . / وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ فِيهَا نَظَرٌ ؛ ٢٠٣/٥ ط
فَإِنَّ اللَّقِيطَ مَحْكُومٌ بِحُرَّتِهِ ، فَإِنْ كَانَ مَمَّنْ يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ ، فَأَقْرَبُ أَنَّهُ مَمْلُوكٌ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ ؛ لِأَنَّ الطِّفْلَ لَا قَوْلَ لَهُ ، وَلَوْ اُعْتَبِرَ قَوْلُهُ فِي ذَلِكَ ، لَاعْتَبِرَ فِي تَعْرِيفِهِ سَيِّدَهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٢٤) فِي الْأَصْلِ : وَيَقْتَضِي .

(٢٥) سَقَطَ مِنْ : م .

كتاب اللَّقِيطِ

وهو الطفلُ المنبوذُ . واللَّقِيطُ بمعنى الملقوط ، فعِلٌ بمعنى مفعول ، كقولهم : قَتِيلٌ وجَرِيحٌ وطَرِيحٌ . والتَّقَاطُ واجبٌ ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ ^(١) . ولأنَّ فيه إحياءَ نفسه ، فكان واجباً ، كما طَعَامُهُ إذا اضْطُرَّ ، وإنْجَائِهِ مِنَ الْعَرَقِ . ووُجُوبُهُ عَلَى الْكِفَايَةِ ، إذا قَامَ بِهِ وَاحِدٌ سَقَطَ عَنِ الْبَاقِينَ ، فَإِنْ تَرَكَهُ الْجَمَاعَةُ ، أَثِمُوا كُلُّهُمْ ، إذا عَلِمُوا فَرَّكَهُ مَعَ إِمْكَانِ أَخْذِهِ . وَرَوَى عَنْ سُنَيْنِ أَبِي جَمِيلَةَ ، قَالَ : وَجَدْتُ مَلْفُوقاً ^(٢) ، فَأَثَيْتُ بِهِ عَمْرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَقَالَ عَرِيفِي : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ . فَقَالَ عَمْرٌ : أَكْذَلِكَ هُوَ ؟ قَالَ : نَعَمْ . قَالَ فَاذْهَبْ فَهُوَ خُرٌّ ، وَلَكَ وَلَاؤُهُ ، وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ . رَوَاهُ سَعِيدٌ ^(٣) ، عَنْ سُفْيَانَ ، عَنْ الزُّهْرِيِّ ، سَمِعَ سُنَيْنًا أَبَا جَمِيلَةَ بهذا ، وَقَالَ : عَلَيْنَا رَضَاعُهُ .

٩٥٠ - مسألة ؛ قال : (واللَّقِيطُ خُرٌّ)

وجملة ذلك أَنَّ اللَّقِيطَ خُرٌّ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا النَّحَّيَّ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ عَوَامُّ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ اللَّقِيطَ ^(١) خُرٌّ . رَوَى هَذَا الْقَوْلَ عَنْ عَمْرٍو وَعَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وَبِهِ قَالَ عَمْرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالشَّعْبِيُّ وَالْحَكَمُ ، وَحَمَّادٌ ، وَمَالِكٌ ،

(١) سورة المائدة ٢ .

(٢) في الأصل : « ملفوطا » .

(٣) وأخرجه الإمام مالك ، في : باب القضاء في المنبوذ ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٣٨/٢ . والبيهقي ، في : باب التقاط المنبوذ ... ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٢٠١/٦ ، ٢٠٢ .

(١) في الأصل : « الملتقط » .

والتَّوَرِىُّ والشَّافِعِيُّ ، وإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَمَنْ تَبِعَهُمْ . وَقَالَ النَّحْصِيُّ :
 إِنَّ التَّقَطُّعَ لِلْحَسَنِ (١) ، فَهُوَ حُرٌّ ، وَإِنْ كَانَ أَرَادَ أَنْ يَسْتَرْقَهُ ، فَذَلِكَ لَهُ . وَذَلِكَ قَوْلُ
 شَدِّ فِيهِ عَنِ الْخُلَفَاءِ وَالْعُلَمَاءِ ، وَلَا يَصِحُّ فِي النَّظَرِ ؛ فَإِنَّ الْأَصْلَ فِي الْأَدَمِيِّينَ الْحُرِّيَّةَ ،
 فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى خَلَقَ آدَمَ وَذُرِّيَّتَهُ أَحْرَارًا ، وَإِنَّمَا الرُّقُّ لِعَارِضٍ ، فَإِذَا لَمْ يُعْلَمْ ذَلِكَ
 الْعَارِضُ ، فَلَهُ حُكْمُ الْأَصْلِ .

فصل : وَلَا يَخْلُو اللَّقِيطُ مَنْ أَنْ يُوجَدَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، أَوْ فِي دَارِ الْكُفْرِ ، فَأَمَّا دَارُ
 الْإِسْلَامِ فَضَرَبَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، دَارُ اخْتِطَاطِ الْمُسْلِمِينَ ، كَبُعْدَادَ وَالْبَصْرَةَ وَالْكُوفَةَ ،
 فَلَقِيطُ هَذِهِ مَحْكُومٌ بِإِسْلَامِهِ ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا أَهْلُ الذِّمَّةِ تَغْلِيْبًا لِلْإِسْلَامِ وَلِظَاهِرِ الدَّارِ ،
 وَلَأَنَّ الْإِسْلَامَ يَغْلُو وَلَا يَغْلَى عَلَيْهِ . الثَّانِي ، دَارُ فَتَحِهَا الْمُسْلِمُونَ ، كَمَدَائِنِ الشَّامِ ،
 فَهَذِهِ إِنْ كَانَ فِيهَا مُسْلِمٌ وَاحِدٌ حُكِمَ بِإِسْلَامِ لَقِيطِهَا ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِذَلِكَ
 الْمُسْلِمِ ، تَغْلِيْبًا لِلْإِسْلَامِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا مُسْلِمٌ ، بَلْ كُلُّ أَهْلِهَا ذِمَّةٌ حُكِمَ بِكُفْرِهِ ؛
 لِأَنَّهُ تَغْلِيْبُ حُكْمِ الْإِسْلَامِ / إِنَّمَا يَكُونُ مَعَ الْإِحْتِمَالِ . وَأَمَّا بَلَدُ الْكُفَّارِ فَضَرَبَانِ أَيْضًا ؛
 أَحَدُهُمَا ، بَلَدٌ كَانَ لِلْمُسْلِمِينَ ، فَغَلَبَ الْكُفَّارُ عَلَيْهِ ، كَالسَّاجِلِ ، فَهَذَا كَالْقِسْمِ الَّذِي
 قَبْلَهُ ، إِنْ كَانَ فِيهِ (٢) مُسْلِمٌ وَاحِدٌ حُكِمَ بِإِسْلَامِ لَقِيطِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ (٣) مُسْلِمٌ فَهُوَ
 كَافِرٌ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ فِيهِ مُؤْمِنٌ يَكْتُمُ
 إِيمَانَهُ ، بِخِلَافِ الَّذِي قَبْلَهُ ، فَإِنَّهُ لَا حَاجَةَ بِهِ إِلَى كَتْمِ إِيمَانِهِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ . وَإِنْ
 كَانَ فِي (٤) بَلَدٍ كَانَ لِلْمُسْلِمِينَ ، ثُمَّ غَلَبَ عَلَيْهِ الْمَشْرِكُونَ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِ الْمُسْلِمُونَ ، وَأَقْرَبُوا
 فِيهِ أَهْلَهُ بِالْجِزْيَةِ ، فَهَذَا كَالْقِسْمِ الثَّانِي مِنْ دَارِ الْإِسْلَامِ . الثَّانِي ، دَارٌ لَمْ تَكُنْ لِلْمُسْلِمِينَ
 أَصْلًا ، كِبِلَادِ الْهِنْدِ وَالرُّومِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا مُسْلِمٌ ، فَلَقِيطُهَا كَافِرٌ ؛ لِأَنَّ الدَّارَ لَهُمْ
 وَأَهْلُهَا مِنْهُمْ ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا مُسْلِمُونَ كَالثُّجَّارِ وَغَيْرِهِمْ ، اخْتَمَلَ أَنْ

(٢) فِي الْأَصْلِ : « لِلْحَسَنَةِ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « فِيهِمْ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : م .

يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ ، تَغْلِيْبًا لِلإِسْلَامِ ، وَاحْتِمَالُ أَنْ يُحْكَمَ بِكُفْرِهِ ، تَغْلِيْبًا لِلدَّارِ وَالْأَكْثَرِ .
 وَهَذَا التَّفْصِيلُ كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ عَوَامُّ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ الطُّفْلَ إِذَا وُجِدَ فِي بِلَادِ الْمُسْلِمِينَ ، مَيِّتًا فِي أَىِّ مَكَانٍ وَجَدَ ، أَنْ غُسَّ لَهُ وَدُفِنَ فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ يَجِبُ ، وَقَدْ مَنَعُوا أَنْ يُدْفَنَ أَطْفَالُ الْمُشْرِكِينَ فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ . قَالَ : وَإِذَا وَجَدَ لَقِيْطٌ فِي قَرْيَةٍ لَيْسَ فِيهَا إِلَّا مُشْرِكٌ ، فَهُوَ عَلَى ظَاهِرٍ مَا حَكَمُوا بِهِ أَنَّهُ كَافِرٌ . هَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ^(٥) وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ .

فصل : وَفِي الْمَوْضِعِ الَّذِي حَكَمْنَا بِإِسْلَامِهِ ، إِنَّمَا يَثْبُتُ ذَلِكَ ظَاهِرًا لَا يَقِينًا ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ وَلَدٌ كَافِرٌ ، فَلَوْ أَقَامَ كَافِرٌ بَيِّنَةً أَنَّهُ وَلَدُهُ وَلَدَ عَلَى فَرَاشِهِ ، حَكَمْنَا لَهُ بِهِ . وَإِذَا بَلَغَ اللَّقِيْطُ حَدًّا يَصِيحُ فِيهِ إِسْلَامُهُ وَرَدَّتْهُ ، فَوَصَفَ الْإِسْلَامَ فَهُوَ مُسْلِمٌ ، سِوَاءَ كَانَ مِمَّنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ أَوْ كُفْرِهِ ، وَإِنْ وَصَفَ الْكُفْرَ ، وَهُوَ مِمَّنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ ، فَهُوَ مُرْتَدٌّ لَا يُقَرُّ عَلَى كُفْرِهِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا ، أَنَّهُ يُقَرُّ عَلَى كُفْرِهِ . وَهُوَ مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ أَقْوَى مِنْ ظَاهِرِ الدَّارِ . وَهَذَا وَجْهٌ مُظْلِمٌ ؛ لِأَنَّ دَلِيلَ الْإِسْلَامِ وَجَدَ عَرَبِيًّا عَنِ الْمُعَارِضِ ، وَثَبَّتَ حُكْمَهُ ، وَاسْتَقَرَّ ، فَلَمْ يَجْزِ إِزَالَةُ حُكْمِهِ بِقَوْلِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ ابْنُ مُسْلِمٍ . وَقَوْلُهُ لَا دَلَالَهَ فِيهِ أَصْلًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْرِفُ فِي الْحَالِ مَنْ كَانَ أَبُوهُ ، وَلَا مَا كَانَ دِينُهُ ، وَإِنَّمَا يَقُولُ هَذَا مِنْ تَلَقُّاءِ نَفْسِهِ ، فَعَلَى هَذَا إِذَا بَلَغَ اسْتَيْبَ ثَلَاثًا ، فَإِنْ تَابَ وَالْأَقْبَلُ . فَأَمَّا عَلَى قَوْلِهِمْ ، فَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ وَصَفَ كُفْرًا ، يُقَرُّ أَهْلُهُ عَلَيْهِ بِالْجُزْئِيَّةِ ، / عَقِدَتْ لَهُ الذِّمَّةُ ، فَإِنْ امْتَنَعَ مِنَ التَّزَامِهَا ، أَوْ وَصَفَ كُفْرًا لَا يُقَرُّ أَهْلُهُ عَلَيْهِ ، الْحَقُّ بِمَا مَنِيَهُ . وَهَذَا بَعِيدٌ جَدًّا ؛ فَإِنَّ هَذَا اللَّقِيْطَ لَا يَخْلُو مَنْ أَنْ يَكُونَ ابْنُ وَثْنَى خَرْبَى ، فَهُوَ حَاصِلٌ فِي يَدِ الْمُسْلِمِينَ بَغَيْرِ عَهْدَةٍ وَلَا عَقْدٍ ، فَيَكُونُ لَوَاجِدِهِ ، وَيَصِيرُ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِ سَابِيهِ ، أَوْ يَكُونُ ابْنُ ذِمَّتَيْنِ ، أَوْ أَحَدُهُمَا ذِمَّتِي ، فَلَا يُقَرُّ عَلَى الْإِنْتِقَالِ إِلَى غَيْرِ دِينِ أَهْلِ الْكِتَابِ ، أَوْ يَكُونُ ابْنُ مُسْلِمٍ أَوْ ابْنُ مُسْلِمَيْنِ ، فَيَكُونُ

ظ ٢٠٤/٥

(٥) سقط من : الأصل .

مُسْلِمًا . قال أحمد ، في أمة نصرانية ، ولدت من فجور : ولدها مسلم ؛ لأن أبويه يهودانه وينصرانه ، وهذا ليس معه إلا أمه . وإذا لم يكن لهذا الولد حال يحتمل أن يقر فيها على دين لا يقر أهله عليه ، فكيف يرد إلى دار الحرب .

فصل : إذا جنى اللقيط جناية تحمّلها العاقلة ، فالعقل على بيت المال ؛ لأن ميراثه له ، ونفقته عليه . وإن جنى جناية لا تحمّلها العاقلة ، فحكمه فيها حكم غير^(٦) اللقيط ؛ إن كانت ثوجب القصاص وهو بالغ عاقل ، اقتصر منه ، وإن كانت موجبة للمال وله مال ، استوفى منه ، وإلا كان في ذمته حتى يوسر . وإن جنى عليه في النفس جناية ثوجب الدية ، فهي لبيت المال ؛ لأنه وارثه . وإن كان عمداً مخضاً ، فالإمام مخير بين استيفاء القصاص إن رآه أحظ للملاقيط ، والعفو على مال . وهذا قال الشافعي ، وابن المنذر ، وأبو حنيفة ، إلا أنه يخيره بين القصاص والمصالحة ؛ وذلك لقول النبي ﷺ : « فالسلطان ولي من لا ولي له »^(٧) . وإن جنى عليه فيما دون النفس جناية ثوجب الأرش قبل بلوغه ، فلوليّه أخذ الأرش . وإن كانت عمداً موجبة للقصاص ، وللقيط مال يكفيه ، وقف الأمر على بلوغه ليقتص أو يعفو ، سواء كان عاقلاً أو معتوهاً . وإن لم يكن له مال ، وكان عاقلاً ، انتظر بلوغه أيضاً ، وإن كان معتوهاً فللولي العفو على مال يأخذه له ؛ لأن المعتوة ليس له حال معلومة منتظرة ، فإن ذلك قد يدوم به ، والعاقل له حال منتظرة ، فافترقا . وفي الحال التي ينتظر بلوغه ، فإن الجاني يحبس حتى يبلغ اللقيط ، فيستوفى لنفسه . وهذا مذهب الشافعي ، وقد

(٦) سقط من الأصل . وورد في م : « غير حكم » .

(٧) أخرجه أبو داود ، في : باب الولي ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٨١/١ . والترمذي ، في : باب ما جاء لانكاح إلا بولي ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ١٣/٥ . وابن ماجه ، في : باب لانكاح إلا بولي ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٠٥/١ . والدارمي ، في : باب النهي عن النكاح بغير ولي ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٣٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٥٠/١ ، ٤٧/٦ ، ٦٦ ، ١٦٦ .

رَوَى عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ لِلْإِمَامِ اسْتِيفَاءَ الْقِصَاصِ لَهُ . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛
لَأَنَّهُ أَحَدُ نَوْعِي الْقِصَاصِ . فَكَانَ لِلْإِمَامِ اسْتِيفَاؤُهُ عَنِ اللَّقِيطِ ، كَالْقِصَاصِ فِي
النَّفْسِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قِصَاصٌ لَمْ يَتَحْتَمِ اسْتِيفَاؤُهُ ، فَوَقَفَ عَلَى قَوْلِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ بِالْعَاغِيبِ ،
وَفَارَقَ / الْقِصَاصَ فِي النَّفْسِ ، فَإِنَّ الْقِصَاصَ لَيْسَ هُوَ لَهُ ، إِنَّمَا هُوَ لَوَارِثِهِ ، وَالْإِمَامُ
الْمُتَوَلَّى لَهُ . ٢٠٥/٥ و

فصل : وَإِنْ قَذَفَ اللَّقِيطُ بَعْدَ بُلُوغِهِ مُحْصَنًا ، حُدَّ ثَمَانِينَ ؛ لَأَنَّهُ حُرٌّ . وَإِنْ قَذَفَهُ
قَازِفٌ ، وَهُوَ مُحْصَنٌ ، فَعَلَيْهِ الْحَدُّ ؛ لَأَنَّهُ مُحْكَمٌ بِحُرِّيَّتِهِ . فَإِنْ ادَّعَى الْقَازِفُ أَنَّهُ
عَبْدٌ ، فَصَدَّقَهُ اللَّقِيطُ ، سَقَطَ الْحَدُّ ؛ لِإِقْرَارِ الْمُسْتَحَقِّ بِسُقُوطِ الْحَدِّ ، وَيَجِبُ
التَّعْزِيرُ ؛ لِقَذْفِهِ مَنْ لَيْسَ بِمُحْصَنٍ . وَإِنْ كَذَّبَهُ اللَّقِيطُ ، وَقَالَ : إِنِّي حُرٌّ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛
لَأَنَّهُ مُحْكَمٌ بِحُرِّيَّتِهِ ، فَقَوْلُهُ مُوَافِقٌ لِلظَّاهِرِ ، وَلِذَلِكَ أَوْجَبْنَا عَلَيْهِ حَدَّ الْحُرِّ إِذَا كَانَ
قَازِفًا ، وَأَوْجَبْنَا لَهُ الْقِصَاصَ ، وَإِنْ كَانَ الْجَانِي حُرًّا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ
الْقَازِفِ ؛ لَأَنَّهُ يَحْتَمِلُ صِحَّةَ مَا قَالَهُ ، بَأَنْ يَكُونَ ابْنُ أُمَةٍ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ شُبْهَةً ، وَالْحَدُّ
يُذَرَأُ^(٨) بِالشُّبْهَاتِ . وَفَارَقَ الْقِصَاصَ لَهُ إِذَا ادَّعَى الْجَانِي عَلَيْهِ أَنَّهُ عَبْدٌ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ
لَيْسَ بِحَدٍّ ، وَإِنَّمَا : وَجَبَ حَقًّا لَادِمِيٍّ ، وَلِذَلِكَ جَازَتْ الْمُصَالَحَةُ عَنْهُ ، وَأُخِذَ بِدَلِّهِ ،
بِخِلَافِ حَدِّ الْقَذْفِ . وَيَتَخَرَّجُ مِنْ هَذَا أَنَّ اللَّقِيطَ إِذَا كَانَ قَازِفًا ، فَادَّعَى أَنَّهُ عَبْدٌ لِيَجِبَ
عَلَيْهِ حَدُّ الْعَبْدِ ، قَبْلَ مَنْهُ ؛ لِذَلِكَ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَنْ كَانَ مُحْكَمًا بِحُرِّيَّتِهِ ،
لَا يَسْقُطُ الْحَدُّ عَنْ قَازِفِهِ بِاحْتِمَالِ رِقَّةٍ ، بِدَلِيلِ مَجْهُولِ النَّسَبِ ، وَلَوْ سَقَطَ الْحَدُّ لِهَذَا
الِاحْتِمَالِ ، لَسَقَطَ وَإِنْ لَمْ يَدَّعِ الْقَازِفُ رِقَّةً ؛ لَأَنَّهُ مَوْجُودٌ وَإِنْ لَمْ يَدَّعِهِ .

(٨) فِي م : « يَنْدَرَى » .

٩٥١ - مسألة ؛ قال : (وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ إِنْ لَمْ يُوجَدْ مَعَهُ شَيْءٌ يَنْفِقُ عَلَيْهِ)

وجملته أن اللقيط إذا لم يوجد معه شيء ، لم يلزم الملتقط بالإفناق^(١) عليه ، في قول عامة أهل العلم . قال ابن المنذر : (أجمع كل^(٢) من نحفظ عنه من أهل العلم ، على أن نفقة اللقيط غير واجبة على الملتقط ، كوجوب نفقة الولد . وذلك لأن أسباب وجوب النفقة ، من القرابة ، والزوجية ، والملك ، والولاء ، متفعية ، والالتقاط إنما هو تخليص له من الهلاك ، وتبرع بحفظه ، فلا يوجب ذلك النفقة ، كما لو فعله بغير اللقيط . وتجب نفقته في بيت المال ؛ لقول عمر ، رضي الله عنه ، في حديث أبي جميلة : اذهب فهو حر ، ولك ولأؤه ، وعلينا نفقته^(٣) . وفي رواية : من بيت المال ؛ ولأن بيت المال وارثه ، وماله مصروف إليه ، فتكون نفقته عليه ، كفرأته ومولاه . فإن تعذر الإنفاق عليه من بيت المال ، لكونه لا مال فيه ، أو كان في مكان لا إمام فيه ، أو لم يعط شيئا ، فعلى من علم حاله / من المسلمين الإنفاق عليه ؛ لقول ٢٠٥/٥ ط الله تعالى : ﴿ وَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾^(٤) . ولأن في ترك الإنفاق عليه هلاكه ، وحفظه عن ذلك واجب ، كإنقاذه من العرق . وهذا فرض كفاية ، إذا قام به قوم سقط عن الباقي ، فإن تركه الكل أثموا . ومن أنفق عليه متبرعا ، فلا شيء له ، سواء كان الملتقط أو غيره . وإن لم يتبرع بالإفناق عليه ، فأنفق عليه الملتقط أو غيره مُحْتَسِبًا بِالرَّجُوعِ عليه إذا أيسر ، وكان ذلك بأمر الحاكم ، لزم اللقيط ذلك إذا كانت النفقة قصدا بالمعروف . وبهذا قال الثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وإن

(١) في م : « الإنفاق » .

(٢ - ٢) في م : « وجميع » .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٣٥٠ .

(٤) سورة المائدة ٢ .

أَنْفَقَ بِغَيْرِ أَمْرِ الْحَاكِمِ ، مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ ^(٥) عَلَيْهِ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : تُؤَدَّى النِّفَقَةُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ . وَقَالَ شَرِيحٌ ، وَالنَّحْيِيُّ : يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالنِّفَقَةِ إِذَا أَشْهَدَ عَلَيْهِ . وَقَالَ عَمْرٌ ابْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ : يَخْلِفُ مَا أَنْفَقَ احْتِسَابًا ، فَإِنْ حَلَفَ اسْتُسْعِيَ ^(٦) . وَقَالَ الشَّعْبِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : هُوَ مُتَّبَعٌ ^(٧) لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ ، كَالْوَثْبِيِّ ^(٨) . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَدَّى مَا وَجَبَ عَلَى غَيْرِهِ ، فَكَانَ لَهُ الرُّجُوعُ عَلَى مَنْ كَانَ الْوُجُوبُ عَلَيْهِ ، كَالضَّامِنِ إِذَا قَضَى عَنِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ . وَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَ هَذَا الْأَصْلِ فِي مَوْضِعِهِ .

فصل : فَأَمَّا إِنْ وَجَدَ مَعَ اللَّقِيطِ شَيْءٌ ، فَهُوَ لَهُ ، وَيُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْهُ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الطِّفْلَ يَمْلِكُ ، وَلَهُ يَدٌ صَحِيحَةٌ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَرِثُ وَيُورَثُ ، وَيَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ وَلِيَّهُ وَيَبِيعَ ، وَمَنْ لَهُ مِلْكٌ صَحِيحٌ ، فَلَهُ يَدٌ صَحِيحَةٌ ، كَالْبَالِغِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَكُلُّ مَا كَانَ مُتَصِلًا بِهِ ، أَوْ مُتَعَلِّقًا بِمَنْفَعَتِهِ ، فَهُوَ تَحْتَ يَدِهِ ، وَيُثْبِتُ بِذَلِكَ مِلْكًا لَهُ فِي الظَّاهِرِ ، فَمَنْ ذَلِكَ مَا كَانَ لَا يَسَّالُهُ ، أَوْ مَشْدُودًا فِي مَلْبُوسِهِ ، أَوْ فِي يَدَيْهِ ، أَوْ مَجْعُوعًا فِيهِ ، كَالسَّرِيرِ وَالسَّقْفِ ^(٩) ، وَمَا فِيهِ مِنْ فَرَشٍ أَوْ دَرَاهِمَ ، وَالثِّيَابِ الَّتِي تَحْتَهُ ^(١٠) (وَالَّتِي عَلَيْهِ) . وَإِنْ كَانَ مَشْدُودًا عَلَى ذَائِبَةٍ ، أَوْ كَانَتْ مَشْدُودَةً فِي ثِيَابِهِ ، أَوْ كَانَ فِي خَيْمَةٍ ، أَوْ فِي دَارٍ ، فَهِيَ لَهُ . وَأَمَّا الْمُتَفَصِّلُ عَنْهُ ، فَإِنْ كَانَ بَعِيدًا مِنْهُ ، فَلَيْسَ فِي يَدِهِ ، وَإِنْ كَانَ قَرِيبًا مِنْهُ ، كَثُوبٍ مَوْضُوعٍ إِلَى جَانِبِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَيْسَ هُوَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَفَصِّلٌ عَنْهُ ، فَهُوَ كَالْبَعِيدِ . وَالثَّانِي ، هُوَ لَهُ . وَهُوَ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ تُرِكَ لَهُ ، فَهُوَ لَهُ ^(١١) ، بِمَنْزِلَةِ مَا هُوَ تَحْتَهُ ، وَلِأَنَّ الْقَرِيبَ

(٥) فِي م : « الرُّجُوع » .

(٦) أَيْ اللَّقِيطُ .

(٧ - ٨) سَقَطَ مِنْ : م .

(٩) السَّقْفُ : وَعَاءٌ يُوَضَعُ فِيهِ الطَّيْبُ وَنَحْوُهُ مِنْ أَدْوَاتِ النِّسَاءِ .

(٩ - ١٠) فِي الْأَصْلِ : « وَالشَّيْءُ الَّذِي عَلَيْهِ » .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

من البالغ يكون/ في يده ، ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه بقربه ، ويحكم بأثمه في يده ، والحمال إذا جلس للاستراحة ، ترك حملَه قريباً منه . فأما المدفون تحتَه ، فقال ابن عقيل : إن كان الحفر طرياً ، فهو له ، وإلا فلا ؛ لأن الظاهر أنه إذا كان طرياً فواضع اللقيط حفره ، وإذا لم يكن طرياً ، كان مدفوناً قبل وضعه ، وقيل : ليس هو له بحال ؛ لأنه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طرياً ، فلم يكن له إذا كان الحفر^(١١) طرياً ، كالبعيد منه ، ولأن الظاهر أنه لو كان له ، لشده واضعه في ثيابه^(١٢) ، ليعلم به ، ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه ، وكل ما حكمنا بأثمه ليس له^(١٣) فحكمه حكم اللقطة ، وما هو له أنفق عليه منه ، فإن كان فيه كفايته ، لم تجب نفقته على أحد ؛ لأنه ذو مال ، فأشبهه غيره من الناس . إذا ثبت هذا ، فإن الملتقطه الإنفاق عليه منه^(١٤) بغير إذن الحاكم . ذكره أبو عبد الله ابن حامد ؛ لأنه ولي له ، فلم يعتبر في^(١٥) الإنفاق عليه في حقه إذن الحاكم ، كوصي اليتيم ، ولأن هذا من الأمر بالمعروف ، فاستوى فيه الإمام وغيره ، كتبديد الخمر . وروى أبو الحارث ، عن أحمد ، في رجل أودع رجلاً مالا ، وغاب ، وطالت غيبته ، وله ولد ولا نفقة له ، هل ينفق عليهم هذا المستودع من مال الغائب ؟ فقال : تقوم امرأته^(١٦) إلى الحاكم ، حتى يأمره بالإنفاق عليهم . فلم يجعل له الإنفاق عليهم^(١٧) من غير إذن الحاكم . فقال بعض أصحابنا : هذا مثله . والصحيح أن هذا مخالف له من وجهين ؛ أحدهما ، أن الملتقط له ولاية على اللقيط ، وعلى ماله ؛ فإن له ولاية أخذه وحفظه . والثاني ،

(١١) سقط من : م .

(١٢) في الأصل : « ساقه » .

(١٣) في م زيادة : « واضعه » .

(١٤) في النسخ : « فيه » .

(١٥) في م : « امرأة » .

(١٦) سقط من : الأصل .

أنه يُتَّفَقُ على اللَّقِيطِ من ماله ، وهذا بخلافه ، ولأنَّ الإِثْفَاقَ على الصَّبِيِّ من مالِ أبيه مشروطٌ بكونِ الصَّبِيِّ مُحتَاجاً إلى ذلك ، لِعَدَمِ ماله ، وَعَدَمِ تَرْكِهَا أبوه بِرِسْمِهِ ، وذلك لا يُقْبَلُ فيه قولُ المؤدِّعِ ، فاحتيجَ إلى إثباتِ ذلك عندَ الحاكمِ ، ولا كذلك في مَسْأَلَتِنَا ، فلا يَلْزَمُ من وجوبِ اسْتِثْنَانِ الحاكمِ ثمَّ وجوبُهُ في اللَّقِيطِ . ومتى لم يَجِدْ حاكمًا ، فله الإِثْفَاقُ بكلِّ حَالٍ ؛ لأنَّه حالُ ضُرُورَةٍ . وقال الشافعيُّ : ليس له أن يَتَّفَقَ بِغَيْرِ إِذْنِ الحاكمِ في مَوْضِعٍ يَجِدُ حاكمًا ، وإن اُتَّفَقَ ضَمِنَ ، بِمَنْزِلَةِ مَالِهِ كان لأبي الصَّغِيرِ وَدَائِعُ^(١٧) عندِ إنسانٍ ، فَأُتَّفَقَ عليه منه ؛ وذلك لأنَّه لا وَلَايَةَ له على ماله ، وإِنَّمَا له حَقُّ الحَضَانَةِ . وإن لم يَجِدْ حاكمًا ، ففي جَوَازِ / الإِثْفَاقِ وَجْهَانِ ؛ ولنا ، ما ذَكَرْنَاهُ ابتداءً ، ولا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لا وَلَايَةَ له على ماله ، فَإِنَّا قد بَيَّنَّا أَنَّهُ أَخْذَهُ وَحِفْظَهُ ، وهو أَوْلَى الناسِ به ، وَذَكَرْنَا الفَرْقَ بين اللَّقِيطِ وبين ما قاسُوا عليه . فإذا ثَبَتَ هذا ، فالْمُسْتَحَبُّ أن يَسْتَأْذِنَ الحاكمَ في مَوْضِعٍ يَجِدُ حاكمًا ؛ لأنَّه أَعَدُّ من التُّهْمَةِ ، وَأَقْطَعُ لِلظَّنِّ ، وفيه خُرُوجٌ به من الْخِلَافِ ، وَحِفْظُ مَالِهِ من أن يَرْجِعَ عليه بما اُتَّفَقَ . فإذا ثَبَتَ هذا ، فَيَتَبَيَّنُ أن يَتَّفَقَ عليه بِالْمَعْرُوفِ ، كما ذَكَرْنَا في وَلِيِّ الْيَتِيمِ ، فإذا بَلَغَ اللَّقِيطُ ، واخْتَلَفَا في قَدْرِ ما اُتَّفَقَ ، وفي التَّفْرِيطِ في الإِثْفَاقِ ، فالقولُ قولُ الْمُتَّفِقِ ؛ لأنَّه أَمِينٌ ، فكان القولُ قولَهُ في ذلك ، كَوَلِيِّ الْيَتِيمِ .

٢٠٦/٥ ظ

٩٥٢ - مسألة ؛ قال : (وَوَلَاؤُهُ لِسَائِرِ الْمُسْلِمِينَ)

يعنى مِيراثَهُ لهم ، فَإِنَّ اللَّقِيطَ حُرُّ الْأَصْلِ ، ولا وَلَاءَ عليه ، وإِنَّمَا يَرِثُهُ الْمُسْلِمُونَ ؛ لأنَّهُمْ حَوَّلُوا كُلَّ مالٍ لا مالِكَ له ، ولأنَّهُمْ^(١) يَرِثُونَ مالَ مَنْ لا وَاَرِثَ له غيرَ اللَّقِيطِ ، فكذلك اللَّقِيطُ . وقولُ الْخَرَقِيِّ : « وَوَلَاؤُهُ لِسَائِرِ الْمُسْلِمِينَ » . تَجَوُّزٌ في اللَّفْظِ ، لِاشْتِرَاكِ سَائِرِ الْمُسْلِمِينَ وَمَنْ لَهُ الْوَلَاءُ في أَخْذِ الْمِيرَاثِ ، وَحِيَازَتِهِ كُلُّهُ عندَ عَدَمِ

(١٧) في الأصل : « ودبعة » .

(١) في م : « ولأنه » .

الوارث . هذا هو الظاهر . وهو قول مالك ، والشافعي ، وأكثر أهل العلم . وقال شريح ، وإسحاق : عليه الولاء لمَلْتَقِطِهِ ؛ لما رَوَى وإثله بن الأسقع ، قال : قال رسول الله ﷺ : « الْمَرْأَةُ تُحَوِّزُ ثَلَاثَةَ مَوَارِيثَ ؛ عَتِيقُهَا ، وَلَقِيطُهَا ، وَوَلَدُهَا الَّذِي لَا عَتَتْ عَلَيْهِ » . أخرجه أبو داود ، والترمذي^(٢) . وقال : حديث حسن ، وقال عمر لأبي جُمَيْلَةَ فِي لُقْطَتِهِ : هو حرٌّ ، ولك ولأؤه ، وعلينا نَفَقَتُهُ^(٣) . ولنا : قول النبي ﷺ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أُعْتِقَ »^(٤) . ولأنه لم يثبت عليه رقٌّ ، ولا على آبائه ،

(٢) أخرجه أبو داود ، في : باب ميراث ابن الملاعة ، من كتاب الفرائض . سنن أبي داود ١١٣/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء ما يرث النساء ، من أبواب الفرائض . عارضة الأخوذى ٢٦٧/٨ . كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب المرأة تحوز ثلاث مواريث ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٩١٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٩٠/٣ ، ١٠٧/٤ .

(٣) تقدم تحريجه في صفحة ٣٥٠ .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد ، من كتاب الصلاة ، وفي : باب الصدقة على موال أزواج النبي ﷺ ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب إذا اشترط شروط في البيع لا تحل ، من كتاب البيوع ، وفي : باب إذا قال المكاتب اشترى ... ، من كتاب المكاتب ، وفي : باب الشروط في البيع ، وباب ما يجوز من شروط المكاتب ... ، وباب الشروط في الولاء ، وباب المكاتب وما لا يحل من الشروط ... ، من كتاب الشروط ، وفي : باب الحرة تحت العبد ، من كتاب النكاح ، وفي : باب لا يكون بيع الأمة طلاقاً ، من كتاب الطلاق ، وفي : باب الأدم ، من كتاب الأطعمة ، وفي : باب إذا اعتق في الكفارة لمن يكون ولأؤه ، من كتاب الكفارات ، وفي : باب الولاء لمن أعتق وميراث اللقيط ، وباب ميراث السائبة ، وباب إذا أسلم على يديه ، من كتاب الفرائض . صحيح البخاري ١٢٣/١ ، ١٥٨/٢ ، ٩٦/٣ ، ٢٠٠ ، ٢٤٨ ، ٢٥٠ ، ٢٥١ ، ٢٥٩ ، ١١/٧ ، ٦١ ، ١٠٠ ، ١٨٢/٨ ، ١٩١ ، ١٩٢ ، ١٩٣ . ومسلم ، في : باب إنما الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤١/٢ ، ١١٤٣ ، ١١٤٤ ، ١١٤٥ . وأبو داود ، في : باب في الولاء ، من كتاب الفرائض ، وفي : باب في بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة ، من كتاب العتاق . سنن أبي داود ١١٤/٢ ، ٣٤٧ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الرجل يتصدق أو يعتق عند الموت ، من أبواب الوصايا . عارضة الأخوذى ٢٨١/٨ . والنسائي ، في : باب إذا تحولت الصدقة ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب خيار الأمة ، وباب خيار الأمة تعتق وزوجها حر ، وباب خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك ، من كتاب الطلاق ، وفي : باب البيع يكون فيه الشرط الفاسد ... ، وباب بيع المكاتب ، وباب المكاتب يباع قبل أن يقبض ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٨١/٥ ، ١٣٢/٦ ، ١٣٣ ، ١٣٤ ، ١٣٥ ، ٢٦٤/٧ ، ٢٦٨ ، ٢٦٩ . وابن ماجه ، في : باب خيار الأمة إذا أعتقت ، من كتاب الطلاق ، وفي : باب المكاتب ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٦٧١/١ ، ٨٤٢/٢ ، ٨٤٣ . والدارمي ، في : باب في تخيير الأمة ... ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ١٦٩/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الخيار ، من كتاب =

فلم يثبت عليه ولَاءٌ ، كالمعروف نسبه ، ولأنه إن كان ابن حُرَيْنٍ ، فلا ولَاءَ عليه ، وإن كان ابن معتقٍ ، فلا يكون عليه ولَاءٌ لغير معتقهما . وحديث وإثله لا يثبت . قاله ابن المنذر . وخبر عمر ، قال ابن المنذر : أبو جميلة رجل مجهول ، لا تقوم بحديثه حجة . ويحتمل أن عمر ، رضى الله عنه ، عني بقوله : ولك ولأوه . أى لك ولأيته ، والقيام به وحفظه . لذلك ذكره عقيب قول عريفة : إنه رجل صالح . وهذا يقتضى تفويض الولاية إليه ، لكونه مأموئاً عليه دون الميراث . إذا ثبت هذا ، فإن حكم اللقيط في الميراث حكم من عرف نسبه ، وانقرض أهله / ، يذفع إلى بيت المال إذا لم يكن له وارث . فإن كان له زوجة فلها الرُّبُع ، والباقي لبيت المال . وإن كانت امرأة لها زوج ، فله النصف ، والباقي لبيت المال . وإن كانت له بنت ، أو ذورحم ، كبنت بنت ، أخذت جميع المال ؛ لأن الردّ وذا الرحم مُقدّم^(٥) على بيت المال . والله أعلم .

٢٠٧/٥ و

٩٥٣ - مسألة : قال : (وإن لم يكن من وجد اللقيط أمينا ، منع من السفر به)

وجملة ذلك أن الملتقط إن كان أمينا أقر اللقيط في يده ؛ لأن عمر ، رضى الله عنه ، أقر اللقيط في يد أى جميلة ، حين قال له^(١) عريفة : إنه رجل صالح^(٢) . ولأنه سبق إليه ، فكان أولى به ؛ لقول النبي ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ »^(٣) . وهل يجب الإشهاد عليه ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يجب ، كما لا يجب^(٤) الإشهاد في اللقطة . والثاني ، يجب ؛ لأن القصد بالإشهاد حفظ النسب والحرية ، فاختص بوجوب الشهادة ، كالنكاح ، وفارق اللقطة ؛ فإن المقصود منها حفظ المال ، فلم يجب الإشهاد فيها ، كالبيع . فأمّا إن كان غير أمين ، فظاهر كلام

= الطلاق ، وفي : باب مصير الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . الموطأ ٢/٥٦٢ ، ٧٨٠ ، ٧٨١ . والإمام أحمد ، في : المسند ١/٢٨١ ، ٣٢١ ، ٢٨١/٢ ، ١٠٠/١١٣ ، ١٤٤ ، ١٥٣ ، ١٥٦ ، ٣٣/٦ ، ٤٢ ، ٤٦ ، ٨٢ ، ١٠٣ ، ١٢١ ، ١٣٥ ، ١٧٢ ، ١٧٥ ، ١٧٨ ، ١٨٠ ، ١٨٦ ، ١٩٠ ، ٢١٣ ، ٢٧٢ .

(٥) في الأصل : « أقرب فتقدم » .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٣٥٠ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٢ .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

الْخَرْقَى أَنَّهُ يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ ، وَيُمنَعُ مِنَ السَّفَرِ بِهِ ، لَأَنَّهُ لَا يَدْعَى رَقَهُ وَيَبِيعَهُ . وَيَتَبَغَى أَنْ يَجِبَ
الإشهادُ عليه ، وَيُضَمُّ إِلَيْهِ مَنْ يُشْرِفُ عَلَيْهِ ؛ لَأَنَّهُ إِذَا ضَمَمْنَا إِلَيْهِ فِي اللَّقْطَةِ مَنْ يُشْرِفُ
عليه ، فَهَهُنَا أَوَّلَى . وَقَالَ الْقَاضِي : الْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُنْزَعُ مِنْ يَدَيْهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛
لأنَّهُ لَيْسَ فِي حِفْظِ اللَّقِيطِ إِلَّا الْوَلَايَةُ ، وَلَا وَلَايَةُ لِفَاسِقٍ . وَفَارَقَ اللَّقْطَةَ مَنْ أَوْجِهَ ؛
أَحَدُهَا ، أَنَّ فِي اللَّقْطَةِ مَعْنَى الْكَسْبِ ، وَلَيْسَ هَهُنَا إِلَّا الْوَلَايَةُ . وَالثَّانِي ، أَنَّ اللَّقْطَةَ
لَوْ انْتَزَعْنَاهَا مِنْهُ رَدَدْنَاهَا إِلَيْهِ بَعْدَ الْحَوْلِ ، فَاحْتَطَنَّا عَلَيْهَا مَعَ بَقَائِهَا فِي يَدَيْهِ ، وَهَهُنَا لَا
تُرَدُّ إِلَيْهِ بَعْدَ الْانْتِزَاعِ مِنْهُ بِحَالٍ ، فَكَانَ الْانْتِزَاعُ أَحْوَطَ . وَالثَّالِثُ ، أَنَّ الْمَقْصُودَ ثُمَّ
حِفْظُ الْمَالِ ، وَيُمْكِنُ^(٥) الْاِخْتِيَاظُ عَلَيْهِ بِأَنْ يَسْتَظْهَرَ عَلَيْهِ فِي التَّعْرِيفِ ، أَوْ يَنْصَبَ
الْحَاكِمُ مَنْ يَعْرِفُهَا ، وَهَهُنَا الْمَقْصُودُ حِفْظُ الْحُرِّيَّةِ وَالنَّسَبِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى الْاِسْتِظْهَارِ
عليه ؛ لَأَنَّهُ قَدْ يَدْعَى رَقَهُ فِي بَعْضِ الْبُلْدَانِ ، أَوْ فِي بَعْضِ الزَّمَانِ ، وَلَأنَّ اللَّقْطَةَ إِنَّمَا يُحْتَاجُ
إِلَى حِفْظِهَا وَالْاِخْتِيَاظِ عَلَيْهَا عَامًّا وَاحِدًا ، وَهَذَا يُحْتَاجُ إِلَى الْاِخْتِيَاظِ عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ
زَمَانِهِ . وَأَمَّا عَلَى ظَاهِرِ قَوْلِ الْخَرْقِيِّ ، فَلَا يُنْزَعُ^(٦) مِنْهُ ؛ لَأَنَّهُ قَدْ ثَبَّتَ لَهُ الْوَلَايَةُ
بِالتَّقَاطِ / إِيَّاهُ ، وَسَبَقَهُ إِلَيْهِ ، وَأَمَكَنَ حِفْظُ اللَّقِيطِ فِي يَدَيْهِ بِالإِشْهَادِ عَلَيْهِ ، وَضَمُّ أَمِينٍ
يُشَارِفُهُ إِلَيْهِ ، وَيُشَيِّعُ أَمْرَهُ ، فَيَعْرِفُ أَنَّهُ لَقِيطٌ ، فَيُحْفَظُ^(٧) بِذَلِكَ مِنْ غَيْرِ زَوَالٍ
وَلَايَتِهِ . جَمْعًا بَيْنَ الْحَقِّينِ ، كَمَا فِي اللَّقْطَةِ ، وَكَأَنَّهُ لَوْ كَانَ الْوَصِيُّ خَائِنًا . وَمَا ذَكَرَ مِنْ
الْتَرَجِيحِ لِلْقِطَةِ ، فَيُمْكِنُ^(٨) مُعَارَضَتُهُ ، بِأَنَّ اللَّقِيطَ ظَاهِرٌ مَكْشُوفٌ لَا تُخْفَى الْخِيَانَةُ
فِيهِ ، وَاللَّقْطَةُ مَسْتُورَةٌ خَفِيَّةٌ تَتَطَرَّقُ إِلَيْهَا الْخِيَانَةُ ، وَلَا يُعْلَمُ بِهَا ، وَلَأنَّ اللَّقْطَةَ يُمَكِّنُ
أَخْذَ بَعْضِهَا وَتَنْقِيصُهَا وَإِبْدَالَهَا ، وَلَا يُتِمَكَّنُ مِنْ ذَلِكَ فِي اللَّقِيطِ . وَلَأنَّ الْمَالُ مَحَلٌّ

٢٠٧/٥ ط

(٥) فِي الْأَصْلِ : « وَلَكِنْ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « يُنْزَعُ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « فَيُحْفَظُ » .

(٨) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « مِنْ » .

الْخِيَانَةِ ، وَالنَّفْسُ إِلَى تَنَاوُلِهِ وَأَخَذِهِ دَاعِيَةً ، بِخِلَافِ اللَّقِيطِ . فعلى هذا ، متى أَرَادَ الْمُتَّقِطُ السَّفَرَ بِاللَّقِيطِ مُنِعَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يُبْعِدُهُ مِمَّنْ عَرَفَ حَالَهُ ، فَلَا يُؤْمِنُ أَنْ يَدْعِيَ رِقَّةً وَيَبِيعَهُ .

فصل : وإذا التَّقَطَّ اللَّقِيطَ مَنْ هُوَ مَسْتَوْرُ الْحَالِ ، لَمْ تُعْرَفْ مِنْهُ حَقِيقَةُ الْعَدَالَةِ وَلَا الْخِيَانَةِ ، أَقْرَ اللَّقِيطُ فِي يَدَيْهِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الْعَدْلِ فِي لُقْطَةِ الْمَالِ وَالْوِلَايَةِ فِي النَّكَاحِ وَالشَّهَادَةِ فِيهِ ، وَفِي أَكْثَرِ الْأَحْكَامِ ، وَلِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْمُسْلِمِ الْعَدَالَةُ ؛ وَلِذَلِكَ قَالَ عُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : الْمُسْلِمُونَ عُدُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ . فَإِنْ أَرَادَ السَّفَرَ بِلُقْطَتِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَحَقَّقْ أَمَانَتُهُ ، فَلَمْ تُؤْمِنْ الْخِيَانَةُ مِنْهُ . وَالثَّانِي ، يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ فِي الْحَضَرِ مِنْ غَيْرِ مُشْرِفٍ يُضْمُّ إِلَيْهِ ، فَاشْتَبَهَ الْعَدْلَ ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ السِّرَّ وَالصَّيَانَةَ . فَأَمَّا مَنْ عَرَفَتْ عَدَالَتَهُ ، وَظَهَرَتْ أَمَانَتُهُ ، فَيُقَرُّ اللَّقِيطُ فِي يَدِهِ فِي سَفَرِهِ وَحَضَرِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَأْمُونٌ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ سَفَرُهُ لَغَيْرِ الثَّقَلَةِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ سَفَرُ الْأَمِينِ بِاللَّقِيطِ إِلَى مَكَانٍ يُقِيمُ بِهِ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ التَّقَطُّ مِنْ الْحَضَرِ ، فَأَرَادَ الثَّقَلَةَ ^(٩) بِهِ إِلَى الْبَادِيَةِ ، لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ ، لِوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ مُقَامَهُ فِي الْحَضَرِ أَصْلَحُ لَهُ فِي دِينِهِ وَدُنْيَاهُ ، وَأَرْفَعُ لَهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ إِذَا وَجَدَ فِي الْحَضَرِ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ وَلَدَ فِيهِ ، فَبَقَاؤُهُ فِيهِ أَرْجَى لِكَشْفِ نَسَبِهِ وَظُهُورِ أَهْلِهِ ، وَاعْتِرَافِهِمْ بِهِ . وَإِنْ أَرَادَ الثَّقَلَةَ بِهِ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ مِنَ الْحَضَرِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُقَرُّ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ بَقَاءَهُ فِي بَلَدِهِ أَرْجَى لِكَشْفِ نَسَبِهِ ، فَلَمْ يُقَرَّ فِي يَدِ الْمُتَقَطِّلِ عَنْهُ ، قِيَاسًا عَلَى الْمُتَقَطِّلِ بِهِ إِلَى الْبَادِيَةِ . وَالثَّانِي ، يُقَرُّ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ وَلَايَتَهُ ثَابِتَةٌ ، وَالْبَلَدُ الثَّانِي كَالْأَوَّلِ فِي الرَّفَاهِيَةِ ، فَيُقَرُّ فِي يَدِهِ ، كَمَا لَوْ انْتَقَلَ مِنْ أَحَدِ جَانِبَيْ الْبَلَدِ إِلَى الْجَانِبِ الْآخَرِ ، وَفَارَقَ الْمُتَقَطِّلَ بِهِ إِلَى الْبَادِيَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّهُ بِتَفْوِيتِ الرَّفَاهِيَةِ عَلَيْهِ . وَإِنْ التَّقَطُّ مِنَ الْبَادِيَةِ فَلَهُ نَقْلُهُ إِلَى

و ٢٠٨/٥

(٩) فِي م : « النُّقْلَةُ » .

الْحَضَرِ ؛ لِأَنَّهُ يَنْقُلُهُ مِنْ أَرْضِ الْبُؤْسِ وَالشَّقَاءِ إِلَى الرَّفَاهِيَةِ وَالِدَّعَةِ وَالَّذِينَ . وَإِنْ أَقَامَ بِهِ فِي حِلَّةٍ يَسْتَوِطُنْهَا ، فَلَهُ ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ يَنْتَقِلُ بِهِ فِي ^(١٠) الْمَوَاضِعِ ، اخْتَمَلَ أَنْ يُقَرَّ فِي يَدَيْهِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ ابْنُ بَدَوِيٍّ ، وَإِقْرَارُهُ فِي يَدَيْ مُلْتَقِطِهِ أَرْجَى لِكَشْفِ نَسَبِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُؤْخَذَ مِنْهُ ، فَيُدْفَعَ إِلَى صَاحِبِ قَرْيَةٍ ؛ لِأَنَّهُ أَرْفَهُ لَهُ ، وَأَخْفُ عَلَيْهِ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : يُنْزَعُ مِنْ مُلْتَقِطِهِ . ^(١١) فَأَيُّمَا يَكُونُ ذَلِكَ إِذَا وَجِدَ مَنْ يُدْفَعُ إِلَيْهِ ، مِمَّنْ هُوَ أَوْلَى بِهِ . فَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ مَنْ يَقُومُ بِهِ ، أُقِرَّ فِي يَدَيْ مُلْتَقِطِهِ ^(١٢) ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ فِي ^(١٣) يَدَيْهِ مَعَ قَصُورِهِ ، أَوْلَى ^(١٤) مِنْ إِهْلَاكِهِ . وَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ إِلَّا مِثْلُ مُلْتَقِطِهِ ، فَمُلْتَقِطُهُ أَوْلَى بِهِ ، إِذْ لَا فَائِدَةَ فِي نَزْعِهِ مِنْ يَدِهِ ، وَدَفْعِهِ إِلَى مِثْلِهِ .

فصل : وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ التَّقَاطُ الْوَلَدِيَّ الْمَنْبُودَ ، إِذَا وَجِدَ مَنْ يَلْتَقِطُهُ سِوَاهُ ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ لِسَيِّدِهِ ؛ فَلَا يُذْهِبُهَا ^(١٥) فِي غَيْرِ نَفْعِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ عَلَى اللَّقِيطِ إِلَّا بِالْوِلَايَةِ ، وَلَا وَلَايَةَ لِعَبْدٍ . فَإِنْ التَّقَطَّ لَمْ يُقَرَّ فِي يَدَيْهِ ، إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ السَّيِّدُ ، فَإِنْ أَذِنَ لَهُ ، أُقِرَّ فِي يَدَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَعَانَ بِهِ فِي ذَلِكَ ، فَصَارَ كَالْوَلَدِ التَّقَطُّ بِإِذْنِهِ وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : إِنْ أَذِنَ لَهُ السَّيِّدُ لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّجُوعُ بَعْدَ ذَلِكَ ، وَصَارَ كَالْوَلَدِ التَّقَطُّ . وَالْحُكْمُ فِي الْأَمَةِ كَالْحُكْمِ فِي الْمَكَاتِبِ . فَأَيُّمَا إِنْ لَمْ يَجِدْ أَحَدًا يَلْتَقِطُهُ سِوَاهُ ، وَجَبَ التَّقَاطُ ؛ لِأَنَّهُ تَخْلِيصٌ لَهُ مِنَ الْهَلَاكِ ، فَأَشْبَهَ تَخْلِيصَهُ مِنَ الْغَرَقِ . وَالْمُدَبِّرُ ^(١٦) ، وَأُمُّ الْوَلَدِ ، وَالْمُعَلِّقُ عُنُقَهُ بِصِفَةٍ ، كَالْقِنِّ ، وَكَذَلِكَ الْمَكَاتِبُ ، لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ التَّبَرُّعُ بِمَالِهِ ، وَلَا بِمَنَافِعِهِ ، إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي ذَلِكَ .

فصل : وَلَيْسَ لِلْكَافِرِ ^(١٧) التَّقَاطُ مُسْلِمٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا وَلَايَةَ لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ ، وَلِأَنَّهُ

(١٠) فِي م : « إِلَى » .

(١١ - ١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٢ - ١٣) فِي الْأَصْلُ : « بَلَدَتُهُ مَعَ حَضُورِهِ خَيْرٌ » .

(١٣) فِي الْأَصْلُ : « يَدْفَعُهَا » .

(١٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٥) فِي م : « لِكَافِرٍ » .

لَا يُؤْمَنُ أَنْ يَفْتِنَهُ وَيُعَلِّمَهُ الْكُفْرَ ، بَلِ الظَّاهِرُ أَنَّهُ يُرِيْبُهُ عَلَى دِينِهِ ، وَيَنْشَأُ عَلَى ذَلِكَ ، كَوَلَدِهِ . فَإِنْ التَّقَطَّهْ لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ . وَإِنْ كَانَ الطِّفْلُ مَحْكُومًا بِكُفْرِهِ ، فَلَهُ التَّقَاطُهْ ؛ لِأَنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ .

فصل : وَإِنْ التَّقَطَّهْ اثْنَانِ ، وَتَنَاولَاهُ تَنَاولًا وَاحِدًا ، لَمْ يَخُلْ مِنْ ثَلَاثَةِ ^(١٦) أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ ، كَالْمُسْلِمِ الْعَدْلِ الْحُرِّ ، وَالْآخَرُ مِمَّنْ لَا يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ ، كَالْكَافِرِ إِذَا كَانَ اللَّقِيطُ مُسْلِمًا ، وَالْفَاسِقِ ، وَالْعَبْدِ إِذَا لَمْ يَأْذَنْ لَهُ / سَيِّدُهُ ، وَالْمُكَاتَّبِ ، فَإِنَّهُ يُسَلَّمُ إِلَى مَنْ يُقَرُّ فِي يَدِهِ ، وَتَكُونُ مُشَارَكَةً هُوَ لَهُ ^(١٧) كَعَدَمِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ التَّقَطَّهْ وَحْدَهُ لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ ، فَإِذَا شَارَكَهُ مَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْإِتْقَاطِ أُولَى ^(١٨) .

الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ جَمِيعًا مِمَّنْ لَا يُقَرُّ فِي يَدَيِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِنَّهُ يُنْزَعُ مِنْهُمَا ، وَيُسَلَّمُ إِلَى غَيْرِهِمَا . الثَّالِثُ ، أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِمَّنْ يُقَرُّ فِي يَدِهِ لَوْ انْفَرَدَ ، إِلَّا أَنْ أَحَدَهُمَا أَحْظُ لِلْقِطِّ مِنَ الْآخَرِ ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالْآخَرُ مُعْسِرًا ، فَالْمُوسِرُ أَحَقُّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَحْظُ لِلطِّفْلِ ، وَإِنْ التَّقَطَّهْ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ طِفْلًا مَحْكُومًا بِكُفْرِهِ ، فَالْمُسْلِمُ أَحَقُّ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : هُمَا سَوَاءٌ ؛ لِأَنَّ لِلْكَافِرِ وَلَايَةً عَلَى الْكَافِرِ ، وَيُقَرُّ فِي يَدِهِ إِذَا انْفَرَدَ بِالتَّقَاطِ ، فَسَاوَى الْمُسْلِمَ فِي ذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنْ دَفَعَهُ إِلَى الْمُسْلِمِ أَحْظُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُسْلِمًا ، فَيَسْعُدُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ ، وَيَنْجُو مِنَ النَّارِ ، وَيَتَخَلَّصُ مِنَ الْجَزْيَةِ وَالصَّغَارِ ، فَالْتَّرَجِيحُ بِهَذَا أُولَى مِنَ التَّرَجِيحِ بِالْيَسَارِ الَّذِي إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ تَوْسِيعَةٌ عَلَيْهِ فِي الْإِنْفَاقِ ، وَقَدْ يَكُونُ الْمُوسِرُ بِخِيَلًا ، فَلَا تَحْصُلُ التَّوْسِيعَةُ . فَإِنْ تَعَارَضَ التَّرَجِيحَانِ ، فَكَانَ الْمُسْلِمُ فَقِيرًا وَالْكَافِرُ مُوسِرًا ، فَالْمُسْلِمُ أُولَى ؛ لِأَنَّ النَّفْعَ الْحَاصِلَ لَهُ بِإِسْلَامِهِ أَعْظَمُ مِنَ النَّفْعِ الْحَاصِلِ بِإِسَارِهِ مَعَ كُفْرِهِ . وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِمْ فِي تَقْدِيمِ الْمُوسِرِ ، يَنْبَغِي أَنْ يُقَدَّمَ الْجَوَادُّ عَلَى الْبَخِيلِ ؛

(١٦) سِيَذَكِرُ الْمُؤَلِّفُ خِلَالَ الْفَصْلِ أَرْبَعَةَ أَقْسَامٍ .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٨) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « بَه » .

لأنَّ حَظَّ الطِّفْلِ عنده أَكْثَرُ من الجِهة التي يَحْصُلُ له الحَظُّ فيها باليسارِ ، ورُبَّما تَخَلَّقَ بأخلاقه ، وتعلَّم من جُوده . الرابع ، أن يَتَسَاوَى في كونهما مُسْلِمَيْنِ عَدْلَيْنِ حُرَّيْنِ مُقِيمَيْنِ ، فهما سواءٌ فيه ، فإن رَضِيَ أَحَدُهُما بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ ، وتَسْلِيمِهِ إلى صاحِبِهِ ، جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ له ، فلا يُمنَعُ من الإِثَارِ به . وإن تَشَاحَا ، أَقْرَعَ بينهما ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَمَا كُنْتُ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُونَ أَقْلَامُهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ ^(١٩) . ولأنَّه لا يُمكنُ كونه عندهما ؛ لأنَّه لا يُمكنُ أن يكونَ عندهما في حالةٍ واحدةٍ . وإن تَهَايَا ، فجعلَ عند كل واحدٍ يَوْمًا أو أَكْثَرَ من ذلك ، أَضَرَ بالطِّفْلِ ؛ لأنَّه تَخَلَّفَ عليه الأَغْذِيَّةُ والأَنْسُ والإِلْفُ ، ولا يُمكنُ دَفْعُهُ إلى أَحَدِهِما دون الآخر بغيرِ قُرْعَةٍ ؛ لأنَّ حَقَّهُما مُتساوٍ ، فتَعَيَّنَ أَحَدُهُما بالتَّحَكُّمِ لا بِجَوْزٍ ، فتَعَيَّنَ الإِقْرَاعُ بينهما ، كما يُقرَعُ بين الشُّرَكَاءِ في تَعْيِينِ السُّهَامِ في القِسْمَةِ ، وبين النِّسَاءِ في البِدَايَةِ بالقِسْمَةِ ، وبين العَبِيدِ في الإِعتَاقِ / . والرَّجُلُ والمرأةُ سواءٌ ، ولا تُرْجَحُ المرأةُ ههنا ، كما تُرْجَحُ في حَصَانَةِ وَلَدِها على أبيه ؛ لأنَّها رُجِحَتْ لِشَفَقَتِها على وَلَدِها ، وتَوَلَّيَا لِحَصَانَتِهِ بِنَفْسِها ، والأبُ يَحْضُنُهُ بِأَجْنَبِيَّةٍ ، فكانت ^(٢٠) الأُمُّ أَوْلَى وأَحْظُ ^(٢١) له وأَرْفَقُ به ، أُمَّا ههنا ، فَإِنَّها أَجْنَبِيَّةٌ مِنَ اللَّقِيطِ ، والرَّجُلُ يَحْضُنُهُ بِأَجْنَبِيَّةٍ فَاسْتَوَى . ومذهبُ الشافعي في هذا الفَصْلِ جَمِيعُهُ على ما ذَكَرناه . فإن كان أَحَدُهُما مَسْتُورَ الحَالِ ، والآخرُ ظَاهِرَ العَدَالَةِ ، اِحْتَمَلَ أن يُرْجَحَ العَدْلُ ؛ لأنَّ المَانِعَ من الاتِّقَاطِ مُتَنَفِّ في حَقِّهِ بغيرِ شَكٍّ ، والأَمْرُ مُشْكُوكٌ فيه ، فيكونُ الحَظُّ للطِّفْلِ في تَسْلِيمِهِ إليه أَثَمَّ . ويَحْتَمَلُ أن يَتَسَاوَى ؛ لأنَّ اِحْتِمَالَ وُجُودِ المَانِعِ لا يُؤَثِّرُ في المَنْعِ ، فلا يُؤَثِّرُ التَّرْجِيحُ .

فصل : وإن رَأَيَاهُ جَمِيعًا ، فَسَبَقَ أَحَدُهُما فَأَخَذَهُ ، أو وَضَعَ يَدُهُ عليه ، فهو أَحَقُّ به ؛ لقوله عليه السَّلامُ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى ما لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ ^(١) أَحَقُّ بِهِ ^(٢) » . وإن رآه أَحَدُهُما قَبْلَ صاحِبِهِ ، فَسَبَقَ إلى أَخْذِهِ الآخرُ ، فَالسَّابِقُ إلى أَخْذِهِ

(١٩) سورة آل عمران ٤٤ .

(٢٠ - ٢١) في م : « أُمُّه أَحْظُ » .

(٢١ - ٢٢) في الأصل : « له » . وتقدم تخريجُه في صفحة ١٥٢ .

أَحَقُّ ؛ لَأَنَّ الْإِتِّقَاطَ هُوَ الْأَخْذُ لَا الرُّؤْيَةَ . وَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا^(٢٢) لِصَاحِبِهِ : نَأْوِلُنِيهِ . فَأَخَذَهُ الْآخَرُ ، نَظَرْنَا^(٢٣) إِلَى نِيَّتِهِ^(٢٤) ، فَإِنْ نَوَى أَخْذَهُ لِنَفْسِهِ فَهُوَ أَحَقُّ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَأْمُرْهُ الْآخَرُ بِمُتَأْوَلِيهِ إِيَّاهُ ، وَإِنْ نَوَى مُتَأْوَلَتَهُ فَهُوَ لِلْآمِرِ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ بِنِيَّةِ النِّيَابَةِ عَنْهُ ، فَأَشْبَهَهُ مَا لَوْ تَوَكَّلَ لَهُ فِي تَحْصِيلِ مُبَاحٍ .

فصل : فَإِنْ اخْتَلَفَا ، فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : أَنَا التَّقَطُّتُهُ . وَلَا يَبِينُ لِأَحَدِهِمَا ، وَكَانَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ أَنَّهُ التَّقَطُّتُهُ . ذَكَرَ ذَلِكَ أَبُو الْخَطَّابِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يَخْلِفُ ، كَمَا فِي الطَّلَاقِ وَالنِّكَاحِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ ، لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ ؛ وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(٢٥) . فَإِنْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمَا أَقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ ، خَلَفَ وَسَلَّمْ إِلَيْهِ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي : لَا تُشْرَعُ الْيَمِينَ هُنَا ، وَيُسَلَّمُ إِلَيْهِ بِمُجَرَّدِ وَقُوعِ الْقُرْعَةِ لَهُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ : يُسَلَّمُ الْحَاكِمُ إِلَى مَنْ يَرَى مِنْهُمَا أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لهُمَا . وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا تَنَازَعَا حَقًّا فِي يَدِ غَيْرِهِمَا ، فَأَشْبَهَهُمَا مَا لَوْ تَنَازَعَا وَدِيعَةً عِنْدَ غَيْرِهِمَا . فَإِنْ وَصَفَهُ أَحَدُهُمَا ، / مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : فِي ظَهْرِهِ شَامَةٌ ، أَوْ بِجَسَدِهِ عِلَامَةٌ . وَذَكَرَ شَيْئًا فِي جَسَدِهِ مَسْتُورًا ، فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يُقَدَّمُ بِالْصِّفَةِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يُقَدَّمُ بِالْصِّفَةِ ، كَمَا لَوْ وَصَفَ الْمُدَّعَى ، فَإِنَّهُ لَا يُقَدَّمُ بِهِ^(٢٥) دَعْوَاهُ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا نَوْعٌ مِنَ اللَّقْطَةِ ، فَقَدَّمَ بِوَصْفِهَا ، كَلَقْطَةِ الْمَالِ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى قُوَّةِ يَدِهِ ، فَكَانَ مُقَدِّمًا بِهَا . وَقِيَاسُ اللَّقِيطِ

ظ ٢٠٩/٥

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣ - ٢٤) في م : « لِنِيَّتِهِ » .

(٢٤) تقدم تخريجه في : ٥٢٥/٦ .

(٢٥) في م : « لَهُ » .

على اللقطة أولى من قياسه على غيرها ؛ لأن اللقيط لقطة أيضا . وإن كان لأحدهما بيّنة ،
فُدِّمَ بها . وإن كان لكل واحد منهما بيّنة ، فُدِّمَ أسبغُهُما تاريخًا ؛ لأنَّ الثاني إنما أخذ
ممن قد ثبت الحق فيه لغيره . وإن استوى تاريخُهُما ، أو أُطْلِقَتَا معًا ، أو أُرْحِثَ
إحدهما وأُطْلِقَتِ الأخرى ، فقد تَعَارَضَتَا . وهل يَسْقُطَانِ أو يُسْتَعْمَلَانِ ؟ فيه
وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، يَسْقُطَانِ ، فيصيرانِ كمن لا بيّنة لهما . والثاني ، يُسْتَعْمَلَانِ ،
ويُقرَعُ بينهما ، فمن قرَع صاحبه كان أولى . وسنذكر ذلك في بابِه ، إن شاء الله تعالى .
وإن كان اللقيط في يد أحدهما ، فهل تُقدِّمُ بيّنته على بيّنة الآخر ، أو تُقدِّمُ بيّنة الخارج ؟
فيه وَجْهَانِ ، مَبْنِيَانِ على الرّوايتين في دَعْوَى المَالِ . وإن كان أحدُ الْمُتَدَاعِيَيْنِ ممن لا
تُقرُّ يده على اللقيط ، أقر في يد الآخر ، ولم يُلْتَفَتْ إلى دَعْوَى من لا يُقرُّ في يده بحال .

٩٥٤ - مسألة ؛ قال : (وإن ادَّعاه مُسْلِمٌ وكافرٌ ، أرى القافة ، فبأيهما ^(١)
الْحَقُّوهُ لِحَقِّ)

يعنى إذا ادَّعَى نَسَبُهُ ، فلا تَحْلُو دَعْوَى نَسَبِ اللَّقِيْطِ من قِسْمَيْنِ ؛ أحدهما ، أن
يَدَّعِيَهُ واحدٌ يَنْفَرِدُ بِدَعْوَاهُ ، فيُنْظَرُ ؛ فإن كان المُدَّعِي رَجُلًا مُسْلِمًا حُرًّا ، لِحَقِّ نَسَبِهِ
به ، بغير خِلَافٍ بين أهل العِلْمِ ، إذا أمكن أن يكونَ منه ؛ لأنَّ الإقرارَ مُحضٌ نَفْعٌ
للطِّفْلِ لِإِصْصَالِ نَسَبِهِ ، ولا مَضَرَّةٌ على غيره فيه ، فُقِبِلَ ، كإلو أقر له بمالٍ . ثم إن كان
المُقرُّ به مُلْتَقِطُهُ ، أقر في يده . وإن كان غيره ، فله أن يَنْتَزِعَهُ من المُلتَقِطِ ؛ لأنَّه قد
ثَبِتَ أَنَّهُ أبوه ، فيكونُ أَحَقُّ بولده ، كإلو قامت به بيّنة . وإن كان المُدَّعِي له عَبْدًا ،
لِحَقِّ به أيضا ؛ لأنَّ لِمَالِهِ حُرْمَةً ، فَلَاحِقَ به نَسَبُهُ كَالْحُرِّ . وهذا قولُ الشافعيِّ ، وغيره ،
غير أَنَّهُ لا تَثْبُتُ له حَضَانَةٌ ؛ لأنَّه مَشْغُولٌ بِخِدْمَةِ سَيِّدِهِ ، ولا تَجِبُ عليه نَفَقَتُهُ ؛ لأنَّه
لا مالَ له ، ولا على سَيِّدِهِ ؛ لأنَّ الطِّفْلَ مَحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِ ، فتكونُ نَفَقَتُهُ في يَدِ المَالِ .
وإن كان المُدَّعِي ذِمِّيًّا ، لِحَقِّ به ؛ / لأنَّه أَقْوَى من العبدِ في بُبُوتِ الفِرَاشِ ، فَإِنَّه يَثْبُتُ ٢١٠/٥ و

(١) في م : « فأَيُّهما » .

له بالنكاح والوطء في المثلث . وقال أبو ثور : لا يلحق به ؛ لأنه محكوم بإسلامه . ولنا ، أنه أقر بنسب مجهول النسب ، يمكن أن يكون منه ، وليس في إقراره إضراراً بغيره ، فيثبت إقراره ، كالمسلم . إذا ثبت هذا ، فإنه يلحق به في (٢) النسب لا في الدين ، ولا حق له في حضائته . وقال الشافعي ، في أحد قوليه : يتبعه في دينه ؛ لأن كل (٣) ما لحقه في نسبه يلحق به في دينه (٤) ، كالبينة ، إلا أنه يحال بينه وبينه ، ولنا ، أن هذا حكم بإسلامه ، فلا يقبل قول الذمي في كفره ، كالمعروف بالنسب ؛ ولأنها دعوى تخالف الظاهر ، فلم تقبل بمجردها ، كدعوى رقه ، ولأنه لو تبعه في دينه لم يقبل إقراره بنسبه ؛ لأنه يكون إضراراً به ، فلم تقبل ، كدعوى الرق . أمّا مجرد (٤) النسب بدون اتباعه في الدين ، فمصلحة عارية عن الضرر ، فقبل قوله فيه . ولا يجوز قبوله فيما هو أعظم ؛ الضرر ، والخزي في الدنيا والآخرة . وإن كان المدعى امرأة ، فاختلف (٥) عن أحمد ، رحمه الله ، فروى أن دعواها (٦) تقبل ، ويلحقها نسبه ؛ لأنها أحد الأبوين ، فيثبت (٧) النسب بدعواها ، كالأب ، ولأنه يمكن أن يكون منها ، كما (٨) يمكن أن يكون ولد الرجل ، بل أكثر ؛ لأنها تأتي به من زوج ، ووطء يشبهه ، ويلحقها ولدها من الزنى دون الرجل ، ولأن في قصة داود وسليمان ، عليهما السلام ، حين تحاكم إليهما امرأتان كان لهما ابنان ، فذهب الذئب بأحدهما ، فادعت كل واحدة منهما أن الباقي ابنها ، وأن الذي أخذه الذئب ابن الأخرى ، فحكم به

(٢) في م : من .

(٣ - ٤) في الأصل : ما لحق به نسبه لحق به في دينه .

(٤) في م : بمجرد .

(٥) أى النقل .

(٦) في م : دعوتها .

(٧) في م : قبت .

(٨ - ٩) سقط من م .

داوُدُ لِلْكُبْرَى ، وَحَكَمَ بِهِ سَلِيمَانُ لِلْأُخْرَى ، بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى مِنْهُمَا^(٩) . وَهَذَا قَوْلُ
بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، يُلْحَقُ بِهَا دُونَ زَوْجِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ
أَنْ يُلْحَقَهُ نَسَبٌ وَلَدٍ لَمْ يُقَرَّ بِهِ . وَكَذَلِكَ إِذَا ادَّعَى الرَّجُلُ نَسَبَهُ ، لَمْ يُلْحَقْ بِزَوْجَتِهِ .
فَإِنْ قِيلَ : الرَّجُلُ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ امْرَأَةٍ أُخْرَى ، أَوْ مِنْ أُمِّتِهِ ، وَالْمَرْأَةُ لَا يَحِلُّ
لَهَا نِكَاحٌ غَيْرُ زَوْجِهَا ، وَلَا يَحِلُّ وَطْؤُهَا لِغَيْرِهِ . قُلْنَا : يُمَكِّنُ أَنْ تَلِدَ مِنْ وَطْءِ شُبْهَةٍ أَوْ
غَيْرِهِ . وَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا قَبْلَ^(١٠) أَنْ يَتَزَوَّجَهَا هَذَا^(١١) الزَّوْجُ ،
أَمْكَنَ أَنْ يَكُونَ مِنْ زَوْجٍ آخَرَ . فَإِنْ قِيلَ : إِنَّمَا قَبِلَ الْإِقْرَارُ بِالنَّسَبِ مِنَ الزَّوْجِ ، لِمَا فِيهِ
مِنَ الْمَصْلَحَةِ ، بِدَفْعِ الْعَارِ عَنِ الصَّبِيِّ ، وَصِيَّائِهِ عَنِ النَّسَبَةِ إِلَى / كَوْنِهِ وَلَدَ زَنَى ، وَلَا
يَخْصُلُ هَذَا بِالْحَاقِ نَسَبِهِ بِالْمَرْأَةِ ، بَلْ فِي^(١٢) الْخَاقِ^(١٣) بِهَا دُونَ زَوْجِهَا تَطَرُّقُ
الْعَارِ^(١٤) إِلَيْهِ وَإِلَيْهَا . قُلْنَا : بَلْ قَبِلْنَا دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي حَقًّا لَا مَنَازَعَ لَهُ فِيهِ ، وَلَا
مَضَرَّةَ عَلَى أَحَدٍ فِيهِ ، فَقَبِلَ قَوْلَهُ فِيهِ ، كَدَّعَوَى الْمَالِ ، وَهَذَا مُتَحَقِّقٌ فِي دَعْوَى الْمَرْأَةِ .
وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، أَنَّهَا إِنْ كَانَ لَهَا زَوْجٌ ، لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ بِدَعْوَاهَا ، لِإِفْضَائِهِ إِلَى الْخَاقِ
النَّسَبِ بِزَوْجِهَا بِغَيْرِ إِقْرَارِهِ وَلَا رِضَاةٍ ، أَوْ إِلَى أَنْ^(١٥) امْرَأَتُهُ وَطِئَتْ بِزَنَى أَوْ بِشُبْهَةٍ^(١٦) ،
وَفِي ذَلِكَ ضَرَرٌ عَلَيْهِ ، فَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهَا فِيمَا يُلْحَقُ الضَّرَرَ بِهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا زَوْجٌ ، قُبِلَتْ
دَعْوَاهَا لِغَدَمِ هَذَا الضَّرَرِ . وَهَذَا أَيْضًا وَجْهٌ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَالرِّوَايَةُ الثَّلَاثَةُ ،

(٩) أخرجه البخاري ، في : باب قول الله تعالى ﴿ وَوَهَبْنَا لِداوُدَ سَلِيمَانَ نَعْمَ الْعَبْدُ ... ﴾ ، من كتاب الأنبياء ،
وفي : باب إذا ادعت المرأة ابنا ، من كتاب الفرائض . صحيح البخاري ١٩٨/٤ ، ١٩٤/٨ ، ١٩٥ ، والنسائي ،
في : باب حكم الحاكم بعلمه ، من كتاب القضاء . المجتبى ٢٠٦/٨ ، ٢٠٧ ، وعبد الرزاق ، في : باب المرتين
تدعيان ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٦٢/٧ .

(١٠ - ١٠) في الأصل : « تزوجها بهذا » .

(١١) سقط من : م .

(١٢) في م : « إلحاقها » .

(١٣) في م : « العار » .

(١٤) في م : « أو » .

(١٥) في م : « شبهة » .

نَقَلَهَا الْكَوَسَجُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي امْرَأَةٍ ادَّعَتْ وَلَدًا : إِنْ كَانَ لَهَا إِخْوَةٌ أَوْ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ ، لَا تُصَدَّقُ إِلَّا بَيِّنَةً ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا دَافِعٌ ، لَمْ يُحَلْ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ لَهَا أَهْلٌ وَنَسَبٌ مَعْرُوفٌ ، لَمْ تَخَفْ وَلَا دَتُّهَا عَلَيْهِمْ ، وَيَتَضَرَّرُونَ بِالْحَاقِ النَّسَبِ بِهَا ، لِمَا فِيهِ مِنْ تَغْيِيرِهِمْ بَوْلَادَتِهَا مِنْ غَيْرِ زَوْجِهَا ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا أَهْلٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَثْبُتَ النَّسَبُ بِدَعْوَاهَا بِحَالٍ . وَهَذَا قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ تَحَفَظَ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ النَّسَبَ لَا يَثْبُتُ بِدَعْوَى الْمَرْأَةِ ؛ لِأَنَّهَا يُمَكِّنُهَا إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْوِلَادَةِ ، فَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهَا بِمُجَرَّدِهِ ، كَمَا لَوْ عَلَّقَ زَوْجُهَا طَلَاقَهَا بِوِلَادَتِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا أَحَدُ الْوَالِدَيْنِ ، فَأُشْبِهَتْ الْأَبَ ، وَإِمَّا كَانَ الْبَيِّنَةُ لَا يَمْنَعُ قَبُولَ الْقَوْلِ ، كَالرَّجُلِ ، فَإِنَّهُ تُمَكِّنُهُ إِقَامَةُ ^(١٦) الْبَيِّنَةِ أَنَّ هَذَا وَلَدٌ ^(١٧) عَلَى فِرَاشِهِ . وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعِي أُمَةً ، فَهِيَ كَالْحُرَّةِ ، إِلَّا أَنَّنَا إِذَا قَبَلْنَا دَعْوَاهَا فِي نَسَبِهِ ، لَمْ نَقْبَلْ قَوْلَهَا فِي رِقِّهِ ؛ لِأَنَّنَا لَا نَقْبَلُ الدَّعْوَى فِيمَا يَضُرُّهُ ، كَمَا لَمْ نَقْبَلِ الدَّعْوَى فِي كُفْرِهِ إِذَا ادَّعَى نَسَبَهُ كَافِرٌ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، أَنْ يَدَّعِيَ نَسَبَهُ اثْنَانِ فِصَاعِدًا ، وَالْكَلَامُ فِي ذَلِكَ فِي فُصُولٍ :

أَحَدُهَا : أَنَّهُ إِذَا ادَّعَاهُ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ ، أَوْ حُرٌّ وَعَبْدٌ ، فَهُمَا سَوَاءٌ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الْمُسْلِمُ أَوْلَى مِنَ الذَّمِّيِّ ، وَالْحُرُّ أَوْلَى مِنَ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ عَلَى اللَّقِيْطِ ضَرَرًا فِي إلْحَاقِهِ بِالْعَبْدِ وَالذَّمِّيِّ ، فَكَانَ إلْحَاقُهُ بِالْحُرِّ الْمُسْلِمِ أَوْلَى ، كَمَا لَوْ تَنَازَعُوا فِي الْحَضَانَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ ^(١٨) مِنْهُمَا إِذَا ^(١٩) انْفَرَدَ صَحَّحَتْ دَعْوَاهُ ، فَإِذَا تَنَازَعُوا ، / تَسَاوَوْا فِي الدَّعْوَى ^(٢٠) ، كَالْأَخْرَارِ الْمُسْلِمِينَ . وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الضَّرَرِ لَا يَتَحَقَّقُ ، فَإِنَّا لَا نَحْكُمُ بِرِقِّهِ وَلَا كُفْرِهِ . وَلَا يُشْبِهُ النَّسَبُ الْحَضَانَةَ ، بِدَلِيلِ أَنَّنَا نَقْدِّمُ

و ٢١١/٥

(١٦) سقط من : م .

(١٧) في الأصل : « الولد » .

(١٨ - ١٩) في م : « لو » .

(١٩) في الأصل : « دعواه » .

في الحَضَانَةِ الْمُوسِرِ وَالْحَضَرِيِّ ، وَلَا تُقَدَّمُهُمَا فِي دَعْوَى النَّسَبِ . قال ابن المُنْذِرِ :
 إِذَا كَانَ عَبْدٌ ، امْرَأَتُهُ أُمَةٌ ، فِي أَيْدِيهِمَا صَبِيٌّ ، فَأَدْعَى رَجُلٌ مِنَ الْعَرَبِ امْرَأَتَهُ عَرَبِيَّةً أَنَّهُ
 ابْنُهُ مِنْ امْرَأَتِهِ ، فَأَقَامَ الْعَبْدُ بَيِّنَةً بِدَعْوَاهُ ^(٢٠) أَنَّهُ ابْنُهُ ^(٢١) ، فَهُوَ ابْنُهُ فِي قَوْلِ أَيْ ثَوْرٍ وَغَيْرِهِ .
 وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يُفْضَى بِهِ لِلْعَرَبِيِّ ، لِلْعِنْتِ الَّذِي يَدْخُلُ فِيهِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ
 الْمُدْعَى مِنَ الْمَوَالِي عَبْدَهُمْ . وَقَوْلُهُمْ هَذَا غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ الْعَرَبَ وَغَيْرَهُمْ فِي
 أَحْكَامِ اللَّهِ وَلُحُوقِ النَّسَبِ بِهِمْ سَوَاءٌ .

الفصل الثاني : أَنَّهُ إِذَا ادَّعَاهُ اثْنَانِ ، فَكَانَ لِأَحَدِهِمَا بِهِ بَيِّنَةٌ ، فَهُوَ ابْنُهُ . وَإِنْ أَقَامَا
 بَيِّنَتَيْنِ ، تَعَارَضَتَا ، وَسَقَطَتَا ، وَلَا يُمْكِنُ اسْتِنْعَامُهُمَا هَهُنَا ؛ لِأَنَّ اسْتِنْعَامَهُمَا فِي الْمَالِ
 إِمَّا بِقِسْمَتِهِ بَيْنَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَيْهِ هَهُنَا ، وَإِمَّا بِالْإِقْرَاعِ بَيْنَهُمَا ، وَالْقُرْعَةَ لَا
 يَثْبُتُ بِهَا النَّسَبُ . فَإِنْ قِيلَ : فَإِنْ ثُبُوتُهُ هَهُنَا يَكُونُ بِالْبَيِّنَةِ لَا بِالْقُرْعَةِ ، وَلِئِمَّا الْقُرْعَةُ
 مُرْجَحَةٌ . قُلْنَا : فَيَلْزَمُ أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَكَ رَجُلَانِ فِي وَطْءِ امْرَأَةٍ ، فَأَثَبَتْ بِوَلَدٍ ، أَنَّ ^(٢٢)
 يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا ، وَيَكُونُ لِحُوقِهِ بِالْوُطْءِ لَا بِالْقُرْعَةِ .

الفصل الثالث : أَنَّهُ إِذَا لَمْ تَكُنْ بِهِ ^(٢٣) بَيِّنَةٌ ، أَوْ تَعَارَضَتْ بِهِ بَيِّنَتَانِ ، وَسَقَطَتَا ، فَإِنَّمَا
 نُزِيهِهِ الْقَافَةَ مَعَهُمَا ، أَوْ مَعَ عَصَبَتَيْهِمَا عِنْدَ فَقْدِهِمَا ، فَيُلْحِقُهُ بِمَنِ الْحَقُّقَةُ بِهِ مِنْهُمَا . هَذَا
 قَوْلُ أَكْسَرٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَيَزِيدُ بْنُ عَبْدِ الْمَلِكِ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَاللَّيْثُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو
 ثَوْرٍ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا حُكْمَ لِلْقَافَةِ ، وَيُلْحَقُ بِالْمُدَّعِيَيْنِ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ
 بِالْقَافَةِ تَعْوِيلٌ عَلَى مُجَرَّدِ الشُّبْهِ وَالظَّنِّ وَالتَّخْمِينِ ، فَإِنَّ الشُّبْهَ يُوجَدُ بَيْنَ الْأَجَانِبِ ،
 وَيَنْتَهِي بَيْنَ الْأَقَارِبِ ، وَهَذَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّ رَجُلًا أَتَاهُ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ
 اللَّهِ ، إِنَّ امْرَأَتِي وَلَدَتْ غُلَامًا أَسْوَدَ ، فَقَالَ : « هَلْ لَكَ مِنْ لَيْلٍ ؟ » قَالَ :

(٢٠) - (٢١) سقط من : الأصل .

(٢١) سقط من : م .

(٢٢) سقط من : الأصل .

نعم . قال : « فَمَا أَلَوْنُهَا ؟ » . قال : حُمْرٌ . قال : « فَهَلْ فِيهَا مِنْ أَوْرَقٍ ؟ » قال : نعم . قال : « أَلَيْ أَتَاهَا ذَلِكَ ؟ » قال : لَعَلَّ عِرْقًا نَزَعَ . قال : « وَهَذَا لَعَلَّ عِرْقًا نَزَعَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢٣) . قالوا : ولو كان الشَّيْبُ كَافِيًا لَأَكْتَفَيْ بِهِ فِي وَلَدِ الْمُلَاعِنَةِ ، وفيما إذا أَقْرَأَ أَحَدُ الْوَرْتَةِ بِأَخٍ وَأَنْكَرَهُ الْبَاقُونَ . ولنا ، ما رَوَى عَنْ عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَخَلَ عَلَيْهَا يَوْمًا مَسْرُورًا ، ثَبَرْتُ أَسَارِيرُ وَجْهِهِ / ، فَقَالَ : « أَلَمْ تَرَى أَنَّ مُحْجَزَ الْمُدْلَجِي نَظَرَ أَنْفًا إِلَى زَيْدٍ وَأَسَامَةَ ، وَقَدْ غَطَّيَا رُءُوسَهُمَا ، وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا ، فَقَالَ : إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ ؟ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢٤) . فَلَوْ لَا جَوَّازُ الْاعْتِمَادِ عَلَى الْقَافَةِ لَمَّا سَرَّ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ ، وَلَا اعْتَمَدَ عَلَيْهِ . وَلَأَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَضَى بِهِ بِحَضْرَةِ الصُّحَابَةِ ، فَلَمْ يُنْكِرْهُ مُنْكَرٌ ، فَكَانَ إجماعًا ، وَيَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ فِي وَلَدِ الْمُلَاعِنَةِ : « انْظُرُوا هَا ، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ حَمَشَ السَّاقِينَ » ^(٢٥) كَأَنَّهُ وَحَرَةٌ ^(٢٦) فَلَا أَرَاهُ إِلَّا قَدْ كَذَبَ عَلَيْهَا ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَكْحَلٌ ، جَعْدًا ، جُمَالِيًا ^(٢٧) ، سَابِغَ الْأَلْبَيْنِ ، خَدَلَجَ السَّاقِينَ ^(٢٨) ، فَهُوَ لِلَّذِي رُمِيتَ بِهِ » . فَأَثَبَتْ بِهِ عَلَى التَّغْتِ

(٢٣) أخرجه البخاري ، في : باب من شبه أصلاً معلوما ... ، من كتاب الاعتصام . صحيح البخاري ١٢٥/٩ . ومسلم ، في : كتاب اللعان ، صحيح مسلم ١١٣٧/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب إذا شك في الولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٢٥/١ . والنسائي ، في : باب إذا عرض بامرأته ... ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٤٦/٦ ، ١٤٧ .

(٢٤) أخرجه البخاري ، في : باب صفة النبي ﷺ ، من كتاب المناقب ، وفي : باب مناقب زيد بن حارثة مولى النبي ﷺ ، من كتاب الفضائل ، وفي : باب القائف ، من كتاب الفرائض . صحيح البخاري ٢٢٩/٤ ، ٢٩/٥ ، ١٩٥/٨ . ومسلم ، في : باب العمل بإلحاق القائف لولد ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ١٠٨٢ ، ١٠٨١/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في القافة ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٢٦/١ . والترمذي ، في : باب ما جاء في القافة ، من أبواب الولاء . عارضة الأحوذى ٢٩٠/٨ ، ٢٩١ . والنسائي ، في : باب القافة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٥١/٦ ، ١٥٢ . وابن ماجه ، في : باب القافة ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٨٢/٦ ، ٢٢٦ .

(٢٥) حمش الساقين : أي رقيقهما . وفي النسخ : « أحمش » .

(٢٦) الوحرة : وزغة ، كسام أبرص .

(٢٧) جمالي : ضخم الأعضاء تام الأوصال ، كأنه الجمال .

(٢٨) خدلج الساقين : يمتلئهما .

الْمَكْرُوه ، فقال النبي ﷺ : « لَوْلَا الْإِيمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ »^(٢٩) . فقد حَكَمَ به النبي ﷺ للذي أَشْبَهَهُ مِنْهُمَا . وقوله : « لَوْلَا الْإِيمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ » . يَدُلُّ على أَنَّهُ لم يَمْنَعُهُ مِنَ الْعَمَلِ بِالشَّبهِ إِلَّا الْإِيمَانُ ، فَإِذَا انْتَفَى الْمَانِعُ يَجِبُ الْعَمَلُ بِهِ لَوُجُودِ مُقْتَضِيهِ . وكذلك قول النبي ﷺ في ابْنِ أُمِّةٍ زَمْعَةَ ، حين رَأَى به شَبَهَا بَيْنَا بَعْتَبَةَ بنِ أَبِي وَقَاصٍ : « اخْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ »^(٣٠) . فَعَمِلَ بِالشَّبهِ فِي حَجَبِ سَوْدَةَ عَنْهُ . فَإِنْ قِيلَ : فَالْحَدِيثَانِ حُجَّةٌ عَلَيْكُمْ ، إِذْ لم يَحْكَمْ النبي ﷺ بِالشَّبهِ فِيهِمَا ، بَلِ الْحَقُّ الْوَلَدُ بِزَمْعَةَ ، وَقَالَ لِعَبْدِ بْنِ زَمْعَةَ : « هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ » . وَلَمْ يَعْمَلْ بِشَبِّهِ وَلَدِ الْمُلَاعِنَةِ فِي إِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهَا ، لِشَبِّهِهِ بِالْمَقْدُوفِ . قُلْنَا : إِنَّمَا لم يَعْمَلْ بِهِ فِي ابْنِ أُمِّةٍ^(٣١) زَمْعَةَ ؛ لِأَنَّ الْفِرَاشَ أَقْوَى ، وَتَرَكَ الْعَمَلُ بِالْبَيِّنَةِ لِمُعَارَضَةٍ مَا هُوَ أَقْوَى مِنْهَا^(٣٢) ، لَا يُوجِبُ الْإِعْرَاضُ عَنْهَا^(٣٣) إِذَا خَلَّتْ عَنِ الْمُعَارَضِ^(٣٤) . وَكَذَلِكَ تَرَكَ إِقَامَةَ الْحَدِّ عَلَيْهَا مِنْ أَجْلِ إِيْمَانِهَا ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ : « لَوْلَا الْإِيمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ » . على أَنَّ ضَعْفَ الشَّبهِ عَنْ إِقَامَةِ الْحَدِّ لَا يُوجِبُ ضَعْفَهُ

(٢٩) حديث هلال بن أمية أخرجه البخاري ، في : باب إذا ادعى أو قذف فله أن يلتمس البيعة ... ، من كتاب الشهادات ، وفي : باب ويدرأ عنها العذاب ... ، من كتاب التفسير ، وفي : باب يبدأ الرجل بالتلاعن ، وباب التلاعن في المسجد ، وباب قول النبي ﷺ : لو كنت راجعا بغير بيعة ، وباب قول الإمام : اللهم بين ، من كتاب الطلاق . صحيح البخاري ٢٣٣/٣ ، ١٢٦/٦ ، ٦٩/٧ - ٧٢ . ومسلم ، في : كتاب اللعان . صحيح مسلم ١١٣٤/٢ . وأبو داود ، في : باب في اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٢١/١ - ٥٢٥ . والترمذي ، في : باب تفسير سورة النور ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ٤٥/١ ، ٤٦ . والنسائي ، في : باب اللعان في قذف الرجل زوجته برجل بعينه ، وباب كيف اللعان ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٤٠/٦ ، ١٤١ . وابن ماجه ، في : باب اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٦٨/١ . والإمام أحمد ، في : المسند . ١٤٢/٣ ، ٢٣٩ ، ٢٣٨/١ .

(٣٠) تقدم تخريجه في : ٣١٦/٧ .

(٣١) سقط من : م .

(٣٢) في م : منه .

(٣٣) في م : عنه .

(٣٤) في الأصل : المعارضة .

عن إلحاق النَّسَبِ ، فَإِنَّ الْحَدَّ فِي الرَّئْيِ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِأَقْوَى الْبَيِّنَاتِ ، وَأَكْثَرِهَا عَدَدًا ، وَأَقْوَى الْإِقْرَارِ ، حَتَّى يُعْتَبَرُ فِيهِ تَكَرُّرُهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ ، وَيُذَرُّ بِالشُّبُهَاتِ ، وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ عَلَى الْوَلَادَةِ ، وَيَثْبُتُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ، وَيَثْبُتُ مَعَ ظُهُورِ انْتِفَائِهِ ، حَتَّى لو أَنَّ امْرَأَةً أَتَتْ بِوَلَدٍ وَزَوْجُهَا غَائِبٌ عَنْهَا مِنْ عَشْرِينَ سَنَةً ، لَحَقَّ وَلَدُهَا ، فَكَيْفَ يَحْتَجُّ عَلَى نَفْيِهِ بَعْدَ إِقَامَةِ الْحَدِّ ! وَلَئِنَّ حَكَمَ بَظَنِّ غَالِبٍ ، وَرَأْيِ رَاجِحٍ ، مِمَّنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْخَبْرَةِ ، فَجَازَ ، كَقَوْلِ الْمُقَوِّمِينَ / . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الشُّبَّةَ يَجُوزُ وَجُودُهُ ^(٣٥) وَعَدَمُهُ . قُلْنَا : الظَّاهِرُ وَجُودُهُ ^(٣٥) ، وَلِهَذَا قَالَ : النَّبِيُّ ﷺ حِينَ قَالَتْ أُمُّ سَلَمَةَ : أَوْ تَرَى ذَلِكَ الْمَرْأَةَ ؟ قَالَ : « فَمِنْ أَيْنَ يَكُونُ الشُّبَّةُ ؟ » ^(٣٦) . وَالْحَدِيثُ الَّذِي اخْتَجَّوْاهُ حُجَّةٌ عَلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّ انْكَارَ الرَّجُلِ وَلَدَهُ لِمُخَالَفَةِ لَوْنِهِ ، وَعِزِّمَهُ عَلَى نَفْيِهِ لَذَلِكَ ، يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْعَادَةَ خِلَافُهُ ، وَأَنَّ فِي طِبَاعِ النَّاسِ انْكَارَهُ ، وَأَنَّ ذَلِكَ إِنَّمَا يُوْجَدُ نَادِرًا ، وَإِنَّمَا أَلْحَقَهُ النَّبِيُّ ﷺ بِهِ لَوْجُودِ الْفِرَاشِ ، وَتَجُوزُ مُخَالَفَةُ الظَّاهِرِ لِذَلِيلٍ ، وَلَا يَجُوزُ تَرْكُهُ مِنْ غَيْرِ ذَلِيلٍ ، وَلِأَنَّ ضَعْفَ الشُّبَّةِ عَنْ نَفْيِ النَّسَبِ لَا يَلْزَمُ مِنْهُ ضَعْفُهُ عَنْ إِثْبَاتِهِ ، فَإِنَّ النَّسَبَ يُحْتَاطُ لِإثْبَاتِهِ ، وَيَثْبُتُ بِأَدْنَى ذَلِيلٍ ، وَيَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ التَّشْدِيدُ فِي نَفْيِهِ ، وَأَنَّهُ لَا يَنْتَفِي إِلاَّ بِأَقْوَى الْأَدِلَّةِ ، كَمَا أَنَّ الْحَدَّ لَمَّا انْتَفَى بِالشُّبَّةِ ، لَمْ يَثْبُتْ إِلَّا بِأَقْوَى ذَلِيلٍ ، فَلَا يَلْزَمُ حِينَئِذٍ مِنَ الْمَنَعِ مِنْ نَفْيِهِ بِالشُّبَّةِ فِي الْخَبَرِ الْمَذْكُورِ ، أَنَّ لَا يَثْبُتُ بِهِ النَّسَبُ فِي مَسْأَلَتِنَا . فَإِنْ قِيلَ : فَهَؤُلَاءِ إِنْ عَمِلْتُمْ بِالْقَافَةِ فَقَدْ نَفَيْتُمُ النَّسَبَ عَنْ لَمْ تُلْحَقْهُ الْقَافَةُ بِهِ . قُلْنَا : إِنَّمَا انْتَفَى النَّسَبُ هَهُنَا لِعَدَمِ ذَلِيلِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوْجَدْ إِلَّا مُجَرَّدُ الدَّعْوَى ، وَقَدْ عَارَضَهَا مِثْلُهَا ، فَسَقَطَ حُكْمُهَا ، وَكَانَ الشُّبَّةُ مُرَجَّحًا لِأَحَدِهِمَا ، فَانْتَفَتْ ذَلَالَةٌ أُخْرَى ، فَلَزِمَ انْتِفَاءُ النَّسَبِ لِانْتِفَاءِ ذَلِيلِهِ ، وَتَقْدِيمُ اللَّعَانِ عَلَيْهِ لَا يَمْنَعُ الْعَمَلَ بِهِ عِنْدَ عَدَمِهِ ، كَالْيَدِ تُقَدَّمُ عَلَيْهَا الْبَيِّنَةُ ، وَيُعْمَلُ بِهَا .

(٣٥ - ٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٦) تقدم تخريج في ٢٦٥/١ . ويضاف إليه : وأخرجه البخارى ، في : باب الحياء في العلم ، من كتاب العلم ، وفي : باب قول الله تعالى ﴿ وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَأِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ﴾ ، من كتاب الأنبياء . صحيح البخارى ١/٤٤ ، ١٦٠/٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦/٢٩٢ ، ٣٠٦ ، ٣٧٧ .

فصل : والقافة قومٌ يعرفون الأنساب بالشبه ، ولا يختص ذلك بقبيلة معينة ، بل من عرف منه المعرفة بذلك ، وتكررت منه الإصابة ، فهو قائف . وقيل : أكثر ما يكون في بني مُذَلِّج رَهْط مُجَزَّز المذَلِّجى الذى رأى أسامة وأباه زيدا قد غطيا رؤوسهما ، وبذت أقدامهما ، فقال : « إن هذه الأقدام بغضها من بغض » . وكان إياس بن معاوية المزنى قافيا ، وكذلك قيل في شريح . ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكرا ، عدلا ، مجربا في الإصابة ، حرا ؛ لأن قوله حكم ، والحكم تُعتبر له هذه الشروط . قال القاضى : وتعتبر معرفة القائف بالتجربة ، وهو أن يترك الصبي مع عشرة من الرجال غير من يدعيه ، ويرى إياهم ، فإن ألحقه بواحد منهم سقط قوله ؛ لأننا تبينا^(٣٧) خطاه ، وإن لم يلحقه بواحد منهم ، أريناه إياه مع عشرين فيهم مدعيه ، فإن ألحقه به لحق ، ولو اعتبر بأن يرى صبيّا^(٣٨) معروف النسب^(٣٨) مع قوم / فيهم^{٢١٢/٥} أبوه أو أخوه ، فإذا ألحقه بقربيه ، علمت إصابته ، وإن ألحقه بغيره ، سقط قوله ، جاز . وهذه التجربة عند عرضه على القائف للاختياط في معرفة إصابته ، وإن لم تجربته في الحال ، بعد أن يكون مشهورا بالإصابة وصحة المعرفة في مرات كبيرة ، جاز . وقد روينا أن رجلا شريفا شك في ولده من جاريته ، وأبى أن يستلحقه ، فمر به إياس ابن معاوية في المكتب ، وهو لا يعرفه ، فقال : ادع لى أباك . فقال له المعلم : ومن أبو هذا ؟ قال : فلان . قال : من أين علمت أنه أبوه ؟ قال : هو أشبه به من الغراب بالغراب . فقام المعلم مسرورا إلى أبيه ، فأعلمه بقول إياس ، فخرج الرجل وسأل إياسا ، فقال : من أين علمت أن هذا ولدى ؟ فقال : سبحان الله ، وهل يخفى ولدى^(٣٩) على أحد ، إنه لأشبه^(٤٠) بك من الغراب بالغراب . فسّر الرجل ، واستلحق ولده .

(٣٧) في الأصل : « تبين » .

(٣٨ - ٣٨) في الأصل : « معروفا » .

(٣٩) سقط من : م .

(٤٠) في م : « أشبه » .

وهل يُقْبَلُ قولٌ واحدٌ ، أو لا يُقْبَلُ إلا قول اثنَيْنِ ؟ فظاهرُ كلامِ أحمدَ ، أنَّه لا يُقْبَلُ إلا قول اثنَيْنِ ، فإنَّ الأثرَ مَروى عنه ، أنَّه قيل له : إذا قال أحدُ القافَةِ : هو لهذا . وقال الآخرُ : هو لهذا ؟ قال : لا يُقْبَلُ واحدٌ حتى يَجْتَمِعَ اثنانِ ، فيكونانِ شاهِدَيْنِ . فإذا شَهِدَ اثنانِ من القافَةِ أنَّه لهذا ، فهو لهذا ؛ لأنَّه قولٌ يَثْبُتُ به النَّسَبُ ، فأشَبَّهَ الشَّهَادَةَ . وقال القاضي : يُقْبَلُ قولُ الواحدِ ؛ لأنَّه حُكْمٌ ، ويُقْبَلُ في الحُكْمِ قولٌ واحدٌ . وحَمَلَ كلامَ أحمدَ على ما إذا تَعَارَضَ قولُ القائِفَيْنِ ، فقال : إذا خالَفَ القائِفُ غيرَه ، تَعَارَضَا وسَقَطَا . وإن قال اثنانِ قولًا ، وخالَفَهُما واحدٌ ، فَقَوْلُهُما أَوْلَى ؛ لأنَّهُما شاهِدانِ ، فَقَوْلُهُما أَقْوَى من قولٍ واحدٍ . وإن عَارَضَ قولُ اثنَيْنِ قولُ اثنَيْنِ ، سَقَطَ قولُ الجَمِيعِ . وإن عَارَضَ قولُ الاثنَيْنِ ثَلَاثَةً فَأَكْثَرَ ^(٤١) ، لم يُرْجَعْ ، وسَقَطَ الجَمِيعُ ، كما لو كانت إحدَى البَيِّنَتَيْنِ اثنَيْنِ ، والأُخْرَى ثَلَاثَةً ^(٤٢) أو أَكْثَرَ ^(٤٣) . فأَمَّا إِنْ أَلْحَقْتُهُ القافَةَ بواحدٍ ، ثم جاءت قافَةٌ أُخْرَى فَأَلْحَقْتُهُ بِأُخْرَى ، كان لَاحِقًا بِالْأَوَّلِ ؛ لأنَّ القائِفَ جَرَى مَجْرَى حُكْمِ الحاكِمِ ، ومتى حَكَمَ الحاكِمُ حُكْمًا لم يَنْتَقِضْ بِمُخَالَفَةٍ غَيْرِهِ له . وكذلك إِنْ أَلْحَقْتُهُ بواحدٍ ، ثم عادت فَأَلْحَقْتُهُ بِغَيْرِهِ ؛ لذلك . فإن أقامَ الأُخْرَى بَيِّنَةً أَنَّهُ وَلَدُهُ ، حَكَمَ له به ، وسَقَطَ قولُ القائِفِ ؛ لأنَّه بَدَلٌ ، فَيَسْقُطُ بوجُودِ الأَصْلِ ، كالتَّيْمُمِ مع الماءِ .

٢١٣/٥ و

فصل : وإنَّ أَلْحَقْتُهُ القافَةَ بكافِرٍ أو رَقِيقٍ ، لم يُحْكَمْ / بِكُفْرِهِ ولا رِقِّهِ ؛ لأنَّ الحُرِّيَّةَ والإسْلَامَ نَبَتَا له بِظَاهِرِ الدَّارِ ، فلا يَزُولُ ذلكُ بِمَجْرَدِ الشَّيْبِ وَالظَّنِّ ، كما لم يَزُلْ ذلكُ بِمَجْرَدِ الدَّعْوَى مِنَ الْمُتَنَفِّرِ . وإنَّما قَبَلْنَا قولَ القائِفِ في النَّسَبِ ، لِلْحَاجَةِ إلى إِبْطائِهِ ، وَلِكَوْنِهِ غيرَ مُخَالَفٍ لِلظَّاهِرِ ، ولهذا اِكتَفَيْنَا فيه بِمَجْرَدِ الدَّعْوَى مِنَ الْمُتَنَفِّرِ ، ولا حاجةَ إلى إِبْطائِهِ ^(٤٤) رِقَّهُ وَكُفْرِهِ ، وإِبْطائُهُما يُخَالَفُ الظَّاهِرَ .

فصل ^(٤٤) : ولو ادَّعى نَسَبَ اللَّقِيطِ إنسانٌ ، فَأَلْحَقَ نَسَبُهُ به ، لِإِنْفِرَادِهِ

(٤١) في م : أو أَكْثَرَ .

(٤٢ - ٤٣) في م : فَأَكْثَرَ .

(٤٣) في الأَصْل : إِبْطائِهِ .

(٤٤) سَقَطَ مِنْ : م .

بالدَّعْوَى ، ثم جاءَ آخَرُ فَادَّعَاهُ ، لم يُزَلْ نَسَبُهُ عن الأول ؛ لِأَنَّهُ حُكِمَ لَهُ^(٤٥) به ، فلا يُزَوَّلُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى . فَإِنَّ الْحَقَّتَهُ بِهِ الْقَافَةُ ، لِحَقِّقِ بِهِ ، وَانْقَطَعَ عَنِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهَا بَيِّنَةٌ^(٤٦) فِي إِلْحَاقِ النَّسَبِ ، وَيُزَوَّلُ بِهَا الْحُكْمُ الثَّابِتُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ، كَالشَّهَادَةِ .

فصل ٤٦ : وَإِذَا ادَّعَاهُ اثْنَانِ ، فَالْحَقَّتَهُ الْقَافَةُ بِهِمَا ، لِحَقِّقِ بِهِمَا ، وَكَانَ اثْنُهُمَا ، يَرِثُهُمَا مِيرَاثَ ابْنٍ ، وَيَرِثَانِهِ جَمِيعًا مِيرَاثَ أَبٍ وَاحِدٍ . وَهَذَا يَرَوَى عَنْ عُمَرَ ، وَعَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يُلْحَقُ بِهِمَا بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرٍ مِنَ الْوَالِدِ ، فَإِذَا الْحَقَّتَهُ بِهِمَا سَقَطَ قَوْلُهُمَا ، وَلَمْ يُحْكَمْ لهما . وَاخْتَجَّ بِرَوَايَةٍ عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ الْقَافَةَ قَالَتْ : قَدْ اشْتَرَكَا فِيهِ . فَقَالَ عُمَرُ : وَالِإِيَّاهُمَا شَيْئٌ . وَلِأَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ كَوْنُهُ مِنْ رَجُلَيْنِ ، فَإِذَا الْحَقَّتَهُ الْقَافَةُ بِهِمَا ، تَبَيَّنَّا كَذِبَهُمَا ، فَسَقَطَ قَوْلُهُمَا ، كَمَا لَوْ الْحَقَّتَهُ بِأُمِّينِ^(٤٧) ، وَلِأَنَّ الْمُدَّعِيَيْنِ^(٤٨) لَوْ اتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ ، لَمْ يَثْبُتْ ، وَلَوْ ادَّعَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَأَقَامَ بَيِّنَةً ، سَقَطْنَا ، وَلَوْ جَازَ أَنْ يُلْحَقَ بِهِمَا ، لَقَبِتْ بَاتِّفَاقِهِمَا ، وَالْحَقِّقِ بِهِمَا عِنْدَ تَعَارُضِ بَيِّنَتَيْهِمَا . وَلَنَا ، مَا رَوَى سَعِيدٌ ، فِي « سُنَنِهِ » : ثَنَا سُفْيَانُ ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَّارٍ ، عَنْ عُمَرَ ، فِي امْرَأَةٍ وَطَافَهَا رَجُلَانِ فِي طَهْرٍ ، فَقَالَ الْقَائِفُ : قَدْ اشْتَرَكَا فِيهِ جَمِيعًا . فَجَعَلَهُ بَيْنَهُمَا^(٥٠) . وَبِإِسْنَادِهِ عَنِ الشَّعْبِيِّ قَالَ : وَعَلِيٌّ يَقُولُ : هُوَ اثْنُهُمَا ، وَهُمَا أَبَوَاهُ ، يَرِثُهُمَا وَيَرِثَانِهِ^(٥١) . وَرَوَاهُ الزُّبَيْرُ بْنُ بَكَّارٍ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عُمَرَ . وَقَالَ

(٤٥) سقط من : الأصل .

(٤٦ - ٤٧) سقط من : الأصل .

(٤٧) في الأصل : « باثنين » .

(٤٨) في الأصل : « المتداعيين » .

(٤٩) في م : « عن » . وانظر : الموطأ ٢/٧٤٠ .

(٥٠) وأخرجه الإمام مالك ، في : باب القضاء بالحق الولد بأبيه ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢/٧٤٠ ، ٧٤١ .

والبيهقي ، في : باب القافة ودعوى الولد ، من كتاب الدعوى والبيئات . السنن الكبرى ١٠/٢٦٣ .

(٥١) انظر : إرواء الغليل ٦/٢٧ .

الإمام أحمد : حَدِيثُ قَتَادَةَ عَنْ سَعِيدٍ عَنْ عَمْرِ ، جَعَلَهُ بَيْنَهُمَا ، وَقَابُوسُ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيٍّ (٥٢) ، جَعَلَهُ بَيْنَهُمَا . وَرَوَى الْأَثَرُ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، فِي رَجُلَيْنِ اشْتَرَا فِي طَهْرِ امْرَأَةٍ ، فَحَمَلَتْ فَوَلَدَتْ غُلَامًا يُشَبِّهُهُمَا ، فَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَى عَمْرِ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَدَعَا الْقَافَةَ فَنَظَرُوهُ (٥٣) ، فَقَالُوا : نَرَاهُ يُشَبِّهُهُمَا . فَأَلْحَقَهُ بِهِمَا ، وَجَعَلَهُ يَرِثُهُمَا وَيَرِثَانِهِ (٥٤) . قَالَ سَعِيدٌ : عَصَبَتُهُ الْبَاقِي مِنْهُمَا . وَمَا ذَكَرُوهُ عَنْ عَمْرِ لَا نَعْلَمُ صِحَّتَهُ ، وَإِنْ صَحَّ فَيَحْتَمِلُ / أَنَّهُ تَرَكَ قَوْلَ الْقَافَةِ لِأَمْرِ آخَرَ ، إِمَّا لِعَدَمِ ثَبَاتِهِمَا ، وَإِمَّا لِأَنَّهُ ظَهَرَ لَهُ مِنْ قَوْلِهِمَا وَاحْتِلَافُهُمَا (٥٥) مَا يُوجِبُ تَرْكَهُ ، فَلَا يَنْحَصِرُ الْمَانِعُ مِنْ قَبُولِ قَوْلِهِمَا فِي أَنَّهُمَا اشْتَرَا كَافِيَهُ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا أَلْحَقْتُهُ الْقَافَةُ بِهِمَا ، وَرِثَتُهُمَا وَوَرِثَتَهُ ، فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا ، فَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا ، وَنَسَبُهُ مِنَ الْأَوَّلِ قَائِمٌ ، لَا يُزِيلُهُ شَيْءٌ . وَمَعْنَى قَوْلِهِ : « هُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا » . وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، أَنَّهُ يَرِثُهُ مِيرَاثَ أَبِي كَامِلٍ ، كَمَا أَنَّ الْجَدَّةَ إِذَا انْفَرَدَتْ أَخَذَتْ مَا يَأْخُذُهُ الْجَدَّاتُ ، وَالزَّوْجَةُ تَأْخُذُ وَحْدَهَا مَا يَأْخُذُهُ جَمِيعُ الزَّوْجَاتِ .

فصل : وإن ادَّعاهُ أَكْثَرُ مِنْ اثْنَيْنِ ، فَأَلْحَقْتُهُ بِهِمُ الْقَافَةُ ، فَنَصَّ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ مُهَنْتًا ، أَنَّهُ يُلْحَقُ بِثَلَاثَةٍ . وَمُقْتَضَى هَذَا أَنَّهُ يُلْحَقُ بِمَنْ أَلْحَقْتُهُ الْقَافَةُ وَإِنْ كَثُرُوا . وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ : لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرِ مِنْ اثْنَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يَوْسَفَ ؛ لِأَنَّا صَبَرْنَا (٥٦) إِلَى ذَلِكَ لِلْأَثَرِ ، فَيَقْتَصِرُ عَلَيْهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرِ مِنْ ثَلَاثَةٍ ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ

(٥٢) أخرجه البيهقي ، في : باب من قال : يقرع بينهما إذا لم يكن قافة ، من كتاب الدعوى والبيّنات . السنن الكبرى ٢٦٨/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب نفر يقعون على المرأة في طهر واحد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٦٠/٧ .

(٥٣) في م : « فنظروا » .

(٥٤) أخرجه البيهقي ، في : باب القافة ودعوى الولد ، من كتاب الدعوى والبيّنات . السنن الكبرى ٢٦٤/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب نفر يقعون على المرأة في طهر واحد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٦٠/٧ .

(٥٥) في م : « واختلافه » .

(٥٦) في الأصل : « نظرنا » .

ابن الحَسَنِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَيْضًا . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَعْنَى الَّتِي لِأَجْلِهَا لَحِقَ
بِاثْنَيْنِ ، مَوْجُودٌ فِيمَا زَادَ عَلَيْهِ ، فَيُقَاسُ عَلَيْهِ ، وَإِذَا جَازَ أَنْ يُخْلَقَ ^(٥٧) مِنْ اثْنَيْنِ ، جَازَ
أَنْ يُخْلَقَ ^(٥٧) مِنْ أَكْثَرٍ مِنْ ذَلِكَ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْحَاقَّةَ بِالِاثْنَيْنِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ .
مَمْنُوعٌ ، وَإِنْ سَلَّمْنَاهُ ، لَكِنَّهُ ثَبَتَ لِمَعْنَى مَوْجُودٍ فِي غَيْرِهِ ، فَيَجِبُ تَعْدِيَةُ الْحُكْمِ بِهِ ،
كَأَنَّ إِبَاحَةَ أَكْلِ الْمَيْتَةِ عِنْدَ الْمُخْمَصَةِ أُبِيحَ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ ، لَا يَمْنَعُ مِنْ أَنْ يُقَاسَ
عَلَى ذَلِكَ مَالٌ غَيْرُهُ ، وَالصَّيْدُ الْحَرَمِيُّ ، وَغَيْرُهُمَا مِنَ الْمُحَرَّمَاتِ ، لِوُجُودِ الْمَعْنَى ،
وَهُوَ إِبْقَاءُ النَّفْسِ ، وَتَخْلِيصُهَا مِنَ الْهَلَاكِ . وَأَمَّا قَوْلُ مَنْ قَالَ : إِنَّهُ يَجُوزُ الْحَاقَّةُ بِثَلَاثَةٍ ،
وَلَا يُزَادُ عَلَى ذَلِكَ ، فَتَحَكُّمٌ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَقْتَصِرْ عَلَى الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ ، وَلَا عَدَى الْحُكْمِ
إِلَى كُلِّ مَا وَجَدَ فِيهِ الْمَعْنَى ، وَلَا نَعْلَمُ فِي الثَّلَاثَةِ مَعْنَى خَاصًّا يَقْتَضِي الْحَاقَّ النَّسَبَ بِهِمْ ،
فَلَمْ يَجْزِ الْاِقْتِصَارُ عَلَيْهِ بِالتَّحَكُّمِ .

فصل : وَإِذَا لَمْ تُوجَدْ قَافَةٌ ، أَوْ أَشْكَلَ الْأَمْرُ عَلَيْهَا ، أَوْ تَعَارَضَتْ أَقْوَالُهَا ، أَوْ وَجَدَ
مَنْ لَا يُوثِقُ بِقَوْلِهِ ، لَمْ يُرْجَحْ أَحَدُهُمَا بِذِكْرِ عِلَالَةٍ فِي جَسَدِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُرْجَحُ بِهِ
فِي سَائِرِ الدَّعَاوَى ، سِوَى الْاِئْتِقَاطِ فِي الْمَالِ وَاللَّقِيطِ ، وَيَضِيعُ نَسَبُهُ . هَذَا قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ .
وَقَدْ أَوْمَأَ ^(٥٨) أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي رَجُلَيْنِ وَقَعَا عَلَى امْرَأَةٍ فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ ، إِلَى أَنَّ الْاِبْنَ
يُخَيَّرُ أَيُّهُمَا أَحَبُّ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ابْنِ حَامِدٍ ، قَالَ : يُتْرَكُ حَتَّى يَبْلُغَ ، فَيَنْتَسِبُ
إِلَى مَنْ أَحَبَّ مِنْهُمَا . / وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ الْجَدِيدِ ، وَقَالَ فِي الْقَدِيمِ : حَتَّى يُمَيَّزَ ؛
لِقَوْلِ عُمَرَ : وَإِلَى أَيُّهُمَا شَيْئٌ . وَلِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَمِيلُ بِطَبْعِهِ ^(٥٩) إِلَى قَرِيبِهِ دُونَ غَيْرِهِ ،
وَلِأَنَّهُ مَجْهُولُ نَسَبِهِ ، أَقْرَبُهُ مَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْإِقْرَارِ ، وَصَدَقَهُ الْمُقَرُّ لَهُ ، فَيُثَبِّتُ نَسَبُهُ ،
كَالْوَانْفَرَدِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يُلْحَقُ بِالْمُدَّعِيَيْنِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا لَوْ انْفَرَدَ سَمِعَتْ دَعْوَاهُ ، فَإِذَا اجْتَمَعَا ، وَأَمَكْنَ الْعَمَلُ بِهِمَا ، وَجَبَ ، كَالْوَأَقَرِّ

(٥٧) فِي م : « يُلْحَقُ » .

(٥٨) فِي م زِيَادَةٌ : « إِلَيْهِ » .

(٥٩) فِي الْأَصْلِ : « طَبْعُهُ » .

له بما ل . ولنا ، أن دَعَوَاهُمَا تَعَارَضَتَا ، ولا حُجَّةَ لواحدٍ منهما ، فلم تُثَبِّتْ ، كَالوَادِّعِيَا رِقَّةً . وقولُهم : يَمِيلُ بِطَبْعِهِ^(٦٠) إِلَى قَرَاتِهِ . قُلْنَا : إِنَّمَا يَمِيلُ إِلَى قَرَاتِهِ بَعْدَ مَعْرِفَتِهِ بِأَنَّهَا قَرَاتُهُ ، فَالْمَعْرِفَةُ بِذَلِكَ سَبَبُ الْمِيلِ ، ^(٦١) فَلَا يَثْبُتُ^(٦١) قَبْلَهُ ، وَلَوْ ثَبَّتْ أَنَّهُ يَمِيلُ إِلَى قَرَاتِهِ ، لَكُنْهُ قَدْ يَمِيلُ إِلَى مَنْ أَحْسَنَ إِلَيْهِ ، فَإِنَّ الْقُلُوبَ جُبِلَتْ عَلَى حُبِّ مَنْ أَحْسَنَ إِلَيْهَا ، وَبُغْضِ مَنْ أَسَاءَ إِلَيْهَا ، وَقَدْ يَمِيلُ إِلَيْهِ لِإِسَاءَةِ الْآخَرِ إِلَيْهِ ، وَقَدْ يَمِيلُ إِلَى أَحْسَنِهِمَا خُلُقًا أَوْ أَعْظَمِهِمَا قَدْرًا أَوْ جَاهًا أَوْ مَالًا ، فَلَا يَبْقَى لِلْمِيلِ أَثَرٌ فِي الدَّلَالَةِ عَلَى النَّسَبِ . وقولُهم : إِنَّهُ صَدَقَ الْمُفَرِّقُ بِنَسَبِهِ . قُلْنَا : لَا يَحِلُّ لَهُ تَصْدِيقُهُ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَعَنَ مَنْ أَدْعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ ، أَوْ تَوَلَّى غَيْرَ مَوَالِيهِ^(٦٢) . وَهَذَا لَا يَعْلَمُ أَنَّهُ أَبُوهُ ، فَلَا يَأْمَنُ أَنْ يَكُونَ مَلْعُونًا بِتَصْدِيقِهِ ، وَيُفَارِقُ مَا إِذَا انْفَرَدَ ، فَإِنَّ الْمُنفَرِدَ يَثْبُتُ^(٦٣) النَّسَبُ بِقَوْلِهِ مِنْ غَيْرِ تَصْدِيقٍ . وَأَمَّا قَوْلُ عَمْرٍ : وَإِلَآئِهِمَا^(٦٤) شِئْتُ . فَلَمْ يَثْبُتْ ، وَلَوْ ثَبَّتْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ حُجَّةٌ ؛ فَإِنَّهُ إِنَّمَا أَمَرَهُ بِالْمَوْلَاةِ ، لَا بِالْإِنْتِسَابِ . وَعَلَى قَوْلِ مَنْ جَعَلَ لَهُ الْإِنْتِسَابَ إِلَى أَحَدِهِمَا ، لَوِ انْتَسَبَ إِلَى أَحَدِهِمَا ، ثُمَّ عَادَ وَانْتَسَبَ إِلَى الْآخَرِ ، وَنَفَى^(٦٥) نَسَبَهُ مِنَ الْأَوَّلِ ، أَوْ لَمْ يَنْتَسِبْ إِلَى أَحَدٍ^(٦٦) ، لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَّتَ نَسَبَهُ ، فَلَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ عَنْهُ ، كَالوَادِّعِي مُنْفَرِدٍ نَسَبَهُ ثُمَّ انْكَرَهُ ، وَيُفَارِقُ الصَّبِيَّ الَّذِي يُخَيِّرُ بَيْنَ أَبَوَيْهِ ، فَيُخْتَارُ أَحَدُهُمَا ، ثُمَّ يَرُدُّ إِلَى الْآخَرِ^(٦٧) ، إِذَا اخْتَارَهُ ، فَإِنَّهُ لَا حُكْمَ لِقَوْلِ الصَّبِيِّ ، وَإِنَّمَا يَتَّبِعُ اخْتِيَارَهُ وَشَهَوَتَهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَهَى طَعَامًا فِي يَوْمٍ ، ثُمَّ اشْتَهَى غَيْرَهُ فِي يَوْمٍ .

(٦٠) فِي الْأَصْلِ : « طَبْعِهِ » .

(٦١ - ٦٢) فِي م : « وَلَا سَبَبٌ » .

(٦٢) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَه ، فِي : بَابِ مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ أَوْ تَوَلَّى غَيْرَ مَوَالِيهِ ، مِنْ كِتَابِ الْحُدُودِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَه . ٨٧٠/٢ .

(٦٣) فِي م : « ثَبَّتْ » .

(٦٤) فِي م : « مِنْ » .

(٦٥) فِي الْأَصْلِ : « أَوْ نَفَى » .

(٦٦) فِي م : « وَاحِدٌ » .

(٦٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

آخِر . وإن قَامَتْ لِلآخِرِ بِنَسَبِهِ بَيِّنَةٌ ، عُمِلَ بِهَا ، وَبَطَلَ انْتِسَابُهُ ؛ لِأَنَّهَا ^(٦٨) تُبْطَلُ قَوْلُ الْقَافَةِ ^(٦٩) ، الَّذِي هُوَ مُبَدَّمٌ عَلَى الْانْتِسَابِ ، فَلَأَن تَبْطُلَ الْانْتِسَابُ أَوَّلَى . وَإِنْ وَجَدَتْ قَافَةٌ بَعْدَ انْتِسَابِهِ ، فَالْحَقَّتُهُ بَغَيْرٍ مِنْ انْتِسَابِهِ إِلَيْهِ ، بَطَلَ انْتِسَابُهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ أَقْوَى ، فَبَطَلَ بِهِ الْانْتِسَابُ كَالْبَيِّنَةِ مَعَ قَوْلِ الْقَافَةِ .

فصل : وإن ادَّعَتْ امْرَأَتَانِ نَسَبَ وَلَدٍ ، فَذَلِكَ مَبْنِيٌّ عَلَى قَبُولِ دَعْوَاهُمَا ^(٧٠) ، فَإِنْ ظ كَانَتَا مِمَّنْ لَا تُقْبَلُ دَعْوَاهُمَا ، لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُمَا . وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مِمَّنْ تُسْمَعُ دَعْوَاهَا ^(٧١) دُونَ الْآخَرَى ، فَهُوَ ابْنُهَا ^(٧٢) ، كَالْمُنْفَرِدَةِ بِهِ . وَإِنْ كَانَتَا جَمِيعًا مِمَّنْ تُسْمَعُ دَعْوَاهُمَا ، فَهُمَا فِي إِثْبَاتِهِ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ كَوْنِهِ يُرَى الْقَافَةُ مَعَ عَدَمِهَا كَالرَّجُلَيْنِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، فِي يَهُودِيَّةٍ وَمُسْلِمَةٍ وَلَدَتَا ، فَادَّعَتْ الْيَهُودِيَّةُ وَلَدَ الْمُسْلِمَةِ ، فَتَوَقَّفَ ، فَقِيلَ : يُرَى الْقَافَةُ ؟ فَقَالَ : مَا أَحْسَنُهُ . وَلَأَنَّ الشَّيْبَةَ يُوجَدُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ ابْنِهَا ، كَوُجُودِهِ بَيْنَ الرَّجُلِ وَابْنِهِ ، بَلْ أَكْثَرَ ، لِاخْتِصَاصِهَا ^(٧٣) بِحَمْلِهِ وَتَعْدِيَّتِهِ ، وَالكَافِرَةُ وَالْمُسْلِمَةُ ، وَالْحُرَّةُ وَالْأَمَةُ ، فِي الدَّعْوَى وَاحِدَةٌ ، كَمَا قُلْنَا فِي الرَّجُلِ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَقُولُونَ فِيهِ يَقْبُولُ دَعْوَاهَا ^(٧٤) . وَإِنْ الْحَقَّتُهُ الْقَافَةُ بِأَمْتَيْنِ ، لَمْ يُلْحَقْ بِهِمَا ، وَبَطَلَ قَوْلُ الْقَافَةِ ؛ لِأَنَّنَا نَعْلَمُ خَطَأَهُ يَقِينًا . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يُلْحَقُ بِهِمَا بِمَجَرَّدِ الدَّعْوَى ؛ لِأَنَّ الْأُمَّ أَحَدُ الْأَبَوَيْنِ ، فَجَازَ أَنْ يُلْحَقَ بِأَمْتَيْنِ ، كَالْآبَاءِ . وَلَنَا ، أَنَّ كَوْنَهُ مِنْهُمَا مُحَالٌ يَقِينًا . فَلَمْ يَجْزِ الْحُكْمُ بِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ أَكْبَرَ ^(٧٥)

(٦٨) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « قَدْ » .

(٦٩) فِي الْأَصْلِ : « الْقَائِف » .

(٧٠) فِي م : « دَعْوَاهُمَا » . وَقَدْ وَحَدْنَاهَا هُنَا وَفِيمَا يَأْتِي .

(٧١) فِي النِّسْخِ هُنَا وَفِيمَا يَأْتِي : « دَعْوَتَهَا » .

(٧٢) فِي م : « ابْنُهَا » .

(٧٣) فِي م : « لِاخْتِصَاصِهَا » .

(٧٤) فِي الْأَصْلِ : « دَعْوَتَهَا » . وَفِي م : « دَعْوَاهُمَا » .

(٧٥) فِي الْأَصْلِ : « أَكْثَرَ » .

منهما أو مثلهما ، وفارقَ الرَّجُلَيْنِ ، فَإِنْ كَوْنُهُ مِنْهُمَا مُمَكِّنٌ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ اجْتِمَاعُ
 (٧٦) النَّطْفَتَيْنِ لِرَجُلَيْنِ (٧٦) فِي رَحِمِ امْرَأَةٍ ، فَيُمْكِنُ أَنْ يُخْلَقَ مِنْهُمَا وَلَدٌ ، كَمَا يُخْلَقُ مِنْ
 نُطْفَةِ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ ؛ وَلِذَلِكَ قَالَ الْقَائِفُ لِعُمَرَ : قَدْ اشْتَرَكَ فِيهِ (٧٧) . وَلَا يَلْزَمُ مِنْ
 إِلْحَاقِهِ بِمَنْ يُتَصَوَّرُ كَوْنُهُ مِنْهُ ، إِلْحَاقُهُ بِمَنْ يَسْتَحِيلُ كَوْنُهُ مِنْهُ ، كَمَا لَمْ يَلْزَمْ مِنْ إِلْحَاقِهِ
 بِمَنْ يُولَدُ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ (٧٨) إِلْحَاقُهُ بِأَصْغَرٍ مِنْهُ .

فصل : فَإِنْ ادَّعَى نَسَبَهُ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ ، فَلَاتَنَافَى بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُمَا
 بِنِكَاحٍ كَانَ بَيْنَهُمَا ، أَوْ وَطْءٍ شَبَّهَهُ ، فَيُلْحَقَ بِهِمَا جَمِيعًا ، وَيَكُونَ ابْنُهُمَا بِمَجَرَّدِ
 دَعْوَاهُمَا ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالِدَّعْوَى (٧٩) . وَإِنْ قَالَ الرَّجُلُ : هَذَا ابْنِي مِنْ
 زَوْجَتِي . وَادَّعَتْ زَوْجَتُهُ ذَلِكَ ، وَادَّعَتْهُ امْرَأَةٌ أُخْرَى ، فَهُوَ ابْنُ الرَّجُلِ ، وَهَلْ تُرَجِّحُ
 زَوْجَتَهُ عَلَى الْأُخْرَى ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تُرَجِّحُ ؛ لِأَنَّ زَوْجَهَا أَبُوهُ ، فَالظَّاهِرُ
 أَنَّهَا أُمُّهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَسَاوَيَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا لَوْ انْفَرَدَتْ ، لَأُلْحِقَ بِهَا ، فَإِذَا
 اجْتَمَعَتَا تَسَاوَيَا .

فصل : وَإِنْ وَلَدَتْ امْرَأَتَانِ ابْنًا وَبَنَاتًا ، فَادَّعَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا أَنَّ الْابْنَ وَلَدُهَا
 دُونَ الْبَنَاتِ ، اخْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ تَرَى الْمَرَأَتَيْنِ الْقَافَةَ مَعَ الْوَلَدَيْنِ ، فَيُلْحَقُ
 كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَنْ أَلْحَقَتْهُ ، بِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ لهُمَا وَلَدٌ آخَرُ . وَالثَّانِي ، أَنْ نَعْرِضَ
 لِبَنِيهِمَا (٨٠) عَلَى أَهْلِ الطَّبِّ وَالْمَعْرِفَةِ ، / فَإِنَّ لَبْنَ الذَّكَرِ يُخَالِفُ لَبْنَ الْأُنْثَى فِي طَبْعِهِ
 وَزِينَتِهِ ، وَقَدْ قِيلَ : إِنَّ (٨١) لَبْنَ الْابْنِ ثَقِيلٌ ، وَلَبْنَ الْبِنْتِ خَفِيفٌ ، فَيُعْتَبَرَانِ

و ٢١٥/٥

(٧٦ - ٧٦) فِي الْأَصْلِ : « نَطَفَتِي الرَّجُلَيْنِ » .

(٧٧) تَقْدِمُ فِي صَفْحَةِ ٣٧٧ .

(٧٨) فِي م : « لِمِثْلٍ » .

(٧٩) فِي الْأَصْلِ : « بِالِدَّعْوَةِ » .

(٨٠) فِي الْأَصْلِ : « لِبَنِيهِمَا » .

(٨١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

بِطَائِعِهِمَا^(٨٢) وَوَزَنِيهِمَا ، وَمَا يَخْتَلِفَانِ بِهِ^(٨٣) عِنْدَ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ ، فَمَنْ كَانَ لَبْنُهَا لَبَنَ
الْأَبَنِ ، فَهُوَ وَلَدُهَا ، وَالْبِنْتُ لِلْأُخْرَى . فَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ قَافَةٌ ، اعْتَبَرْنَا اللَّبْنَ خَاصَّةً . وَإِنْ
تَنَازَعَا أَحَدَ الْوَلَدَيْنِ ، وَهُمَا جَمِيعًا ذَكَرَانِ أَوْ أُنْثَيَانِ ، عُرِضُوا عَلَى الْقَافَةِ . كَمَا ذَكَرْنَا فِيهَا
تَقَدَّمَ .

فصل : وَلَوْ ادَّعَى اللَّقِيطُ رَجُلَانِ ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا : هُوَ ابْنِي . وَقَالَ الْآخَرُ : هُوَ
ابْنَتِي . نَظَرْنَا ، فَإِنْ كَانَ ابْنًا فَهُوَ لِمَدَّعِيهِ ، وَإِنْ كَانَتْ بِنْتًا فَهِيَ لِمَدَّعِيهَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا لَا يَسْتَحِقُّ غَيْرَ مَا ادَّعَاهُ . وَإِنْ كَانَ خُنْثَى مُشْكِلاً ، أَرَى الْقَافَةَ مَعَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ
قَوْلُ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَوْلَى مِنَ الْآخَرِ . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بِمَا ادَّعَاهُ ، فَالْحُكْمُ
فِيهِمَا كَالْحُكْمِ فِيهِمَا لَوْ اتَّفَقَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْدَّعْوَى ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْكَاذِبِ مِنْهُمَا كَاذِبَةٌ ،
وُجُودُهَا كَعَدَمِهَا ، وَالْأُخْرَى صَادِقَةٌ ، فَيَتَعَيَّنُ الْحُكْمُ بِهَا .

فصل : وَإِذَا وَطِئَ رَجُلَانِ امْرَأَةً فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ ، وَطِئَا لِحَقِّ النَّسَبِ بِمِثْلِهِ ، فَأَنْتَ
يُولَدُ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُمَا ، مِثْلَ أَنْ يَطَّأَ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُمَا فِي طَهْرٍ ، أَوْ يَطَّأَ رَجُلًا
امْرَأَةً آخَرَ أَوْ أُمَّتَهُ بِشَبْهَةٍ ، فِي الطَّهْرِ الَّذِي وَطِئَهَا زَوْجُهَا أَوْ سَيِّدُهَا فِيهِ ، بِأَنْ يَجِدَهَا
عَلَى فِرَاشِهِ ، فَيَطَّئُهَا زَوْجَتَهُ أَوْ أُمَّتَهُ ، أَوْ يَدْعُو زَوْجَتَهُ فِي ظُلْمَةٍ ، فَتُجِيبُهُ زَوْجَةً آخَرَ أَوْ
جَارِيَتَهُ ، أَوْ يَتَزَوَّجُهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَزْوِيجًا فَاسِدًا ، أَوْ يَكُونُ نِكَاحُ أَحَدِهِمَا صَاحِبِهَا
وَالْآخَرُ فَاسِدًا ، مِثْلَ أَنْ يُطْلَقَ رَجُلٌ امْرَأَتَهُ فَيُنِكَحَهَا آخَرُ فِي عِدَّتِهَا وَوَطِئَهَا ، أَوْ يَبِيعَ
جَارِيَةً فَيَطَّوُّهَا الْمُشْتَرِي قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا ، وَتَأْتِي بَوْلِدُ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُمَا ، فَإِنَّهُ يُرَى
الْقَافَةُ مَعَهُمَا ، فَبَيَّيْنَاهُمَا الْحَقُّوهُ لِحَقِّ . وَالْخِلَافُ فِيهِ كَالْخِلَافِ فِي اللَّقِيطِ .

فصل : وَإِذَا ادَّعَى رِقَّ اللَّقِيطِ مُدَّعٍ ، سَمِعَتْ دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّهَا مُمَكِّنَةٌ ، وَإِنْ كَانَتْ
مُخَالَفَةً لظَاهِرِ الدَّارِ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهَا دَعْوَى تُخَالِفُ الظَّاهِرَ ،

(٨٢) فِي الْأَصْلِ : « بِطَائِعِهِمَا » .

(٨٣) فِي الْأَصْلِ : « فِيهِ » .

وَيُفَارِقُ^(٨٤) دَعْوَى النَّسَبِ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ دَعْوَى النَّسَبِ لَا تُحَالِفُ الظَّاهِرَ ، وَدَعْوَى الرَّقِّ مُحَالِفَةٌ لَهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّ دَعْوَى النَّسَبِ يَثْبُتُ بِهَا حَقُّ اللَّقِيطِ ، وَدَعْوَى الرَّقِّ تَثْبُتُ حَقًّا عَلَيْهِ ، فَلَمْ تُقْبَلْ بِمُجَرَّدِهَا ، كَمَا لَوْ ادَّعَى رَقٌّ غَيْرَ اللَّقِيطِ . فَإِذَا / ٢١٥/٥ ظ
لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، سَقَطَتِ الدَّعْوَى . وَإِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، لَمْ تُحْلَلْ ؛ إِمَّا أَنْ تُشْهَدَ بِالْيَدِ أَوْ بِالْمِلْكِ أَوْ بِالْوِلَادَةِ ، فَإِنْ شَهِدَتْ بِالْمِلْكِ أَوْ بِالْيَدِ ، لَمْ تُقْبَلْ فِيهِ إِلَّا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ ، أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، وَإِنْ شَهِدَتْ بِالْوِلَادَةِ ، قُبِلَ فِيهِ امْرَأَةٌ وَاحِدَةٌ أَوْ رَجُلٌ وَاحِدٌ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا لَا يَطْلُعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ ، ثُمَّ تَنْظُرُ ؛ فَإِنْ شَهِدَتْ الْبَيِّنَةُ بِالْيَدِ ، فَإِنْ كَانَتْ لِلْمُتَقِيطِ ، لَمْ يَثْبُتْ بِهَا مِلْكٌ ؛ لِأَنَّهُ اعْتَرَفْنَا سَبَبَ يَدِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ لِأَجْنَبِيٍّ ، حُكِمَ لَهُ بِالْيَدِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ فِي الْمِلْكِ ، وَإِنْ شَهِدَتْ بِالْمِلْكِ ، فَقَالَتْ : تُشْهَدُ أَنَّهُ عَبْدُهُ أَوْ مَمْلُوكُهُ . حُكِمَ بِهَا ، وَإِنْ لَمْ تَذْكُرْ سَبَبَ الْمِلْكِ ، كَمَا لَوْ شَهِدَتْ بِمِلْكِ دَارٍ أَوْ ثَوْبٍ . فَإِنْ شَهِدَتْ بِأَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِهِ ، حُكِمَ لَهُ بِهِ ؛ لِأَنَّ أُمَّتَهُ لَا تُلِدُ فِي مِلْكِهِ إِلَّا مَلِكُهُ . وَإِنْ شَهِدَتْ أَنَّهُ ابْنُ أُمَّتِهِ ، أَوْ أَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ ، وَلَمْ تَقُلْ : فِي مِلْكِهِ . اخْتَمَلَ أَنْ يَثْبُتَ لَهُ الْمِلْكُ بِذَلِكَ ، كَقَوْلِهَا فِي مِلْكِهِ ؛ لِأَنَّ أُمَّتَهُ مِلْكُهُ ، فَتَمَّاؤُهَا مِلْكُهُ ، كَسَمِينِهَا^(٨٥) . وَاخْتَمَلَ أَنْ لَا يَثْبُتَ الْمِلْكُ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ تُلِدَ قَبْلَ مِلْكِهِ لَهَا ، فَلَا تَكُونُ لَهُ وَهُوَ ابْنُ أُمَّتِهِ .

فصل : وَإِنْ ادَّعَى رَقٌّ اللَّقِيطَ بَعْدَ بُلُوغِهِ مُدَّعٍ ، كُلفَ إِجَابَتُهُ ، فَإِنْ أَتَكَرَّ وَلَا بَيِّنَةَ لِلْمُدَّعِي ، لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهُ ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ لَهُ^(٨٦) بِهَا ، فَإِنْ كَانَ اللَّقِيطُ قَدْ تَصَرَّفَ قَبْلَ ذَلِكَ بَيِّعَ أَوْ شَرَاءً ، تُقْضَتْ تَصَرُّفَاتُهُ ؛ لِأَنَّهُ بَانَ أَنَّهُ تَصَرَّفَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ ، فَأَقْرَ بِالرَّقِّ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ اعْتَرَفَ لِنَفْسِهِ بِالْحُرِّيَّةِ قَبْلَ ذَلِكَ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ بِالرَّقِّ ، لِأَنَّهُ اعْتَرَفَ بِالْحُرِّيَّةِ ، وَهِيَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ فِي إِبْطَالِهَا^(٨٧) ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ اعْتَرَفَ بِالْحُرِّيَّةِ ، اخْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ،

(٨٤) فِي م : « وَيُخَالِفُ » .

(٨٥) فِي الْأَصْل : « كَسَمِينَتِهَا » .

(٨٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

(٨٧) فِي م : « يُبْطَلُهَا » .

يُقْبَلُ . وهو قول أصحاب الرأى ؛ لأنه مَجْهُولُ الْحَالِ ، أَقْرَ بِالرَّقِّ ، فَيُقْبَلُ ، كما لو قَدِمَ رَجُلَانِ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ ، فَأَقْرَ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ بِالرَّقِّ . وكما لو أَقْرَ بِقِصَاصٍ أَوْ حَدٍّ ، فَإِنَّهُ يُقْبَلُ وَإِنْ تَضَمَّنَ ذَلِكَ فَوَاتَ نَفْسِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُقْبَلُ ، وهو الصَّحِيحُ ؛ لأنه يَنْطَلِقُ بِهِ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى فِي الْحُرِّيَةِ الْمَحْكُومِ بِهَا ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كما لو أَقْرَ قَبْلَ ذَلِكَ بِالْحُرِّيَةِ ، وَلأنَّهُ مَحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ بِالرَّقِّ ، كما ذَكَرْنَا ، وَلأنَّ الطِّفْلَ الْمَنْبُودَ لَا يَعْلَمُ رِقَّ نَفْسِهِ ، وَلَا حُرِّيَّتَهَا ، وَلَمْ يَتَجَدَّدْ لَهُ حَالٌ يَعْرِفُ بِهِ رِقَّ نَفْسِهِ ؛ لأنه فِي تِلْكَ الْحَالِ مَمَّنْ لَا يَعْقِلُ ، وَلَمْ يَتَجَدَّدْ لَهُ رِقٌّ بَعْدَ التَّقَاطُطِ ، فَكَانَ إِقْرَارُهُ بِاطِّلًا . وهذا قول الْقَاسِمِ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ . وَلِلشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كما ذَكَرْنَا . فَإِنْ قُلْنَا : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ . صَارَتْ أَحْكَامُهُ أَحْكَامَ الْعَبِيدِ فِيمَا عَلَيْهِ دُونَ مَالِهِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالْمُزْنِيُّ ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنه أَقْرَ بِمَا يُوجِبُ حَقًّا لَهُ وَحَقًّا عَلَيْهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُثْبِتَ مَا عَلَيْهِ / دُونَ مَالِهِ ، كما لو قَالَ : لِفُلَانٍ عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ ، وَلِيَّ عِنْدَهُ رَهْنٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ فِي الْجَمِيعِ . وَهُوَ الْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ ؛ لأنه ثَبَتَ مَا عَلَيْهِ ، فَيُثْبِتُ مَالَهُ ، كَالْبَيِّنَةِ ، وَلأنَّ هَذِهِ الْأَحْكَامَ تَبِعَ لِلرَّقِّ ، فَإِذَا ثَبَتَ الْأَصْلُ بِقَوْلِهِ ، ثَبَتَ التَّبَعُ ، كما لو شَهِدَتْ امْرَأَةٌ بِالْوِلَادَةِ ، ثَبُتُ وَيُثْبِتُ النَّسَبُ تَبَعًا لَهَا . وَأَمَّا إِنْ أَقْرَ بِالرَّقِّ ابْتِدَاءً لِرَجُلٍ ، فَصَدَّقَهُ ، فَهُوَ كما لو أَقْرَ بِهِ جَوَابًا . وَإِنْ كَذَّبَهُ ، بَطَلَ إِقْرَارُهُ . ثُمَّ إِنْ أَقْرَ بِهِ بَعْدَ ذَلِكَ لِرَجُلٍ آخَرَ ، جَازَ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : يَتَوَجَّهُ أَنْ لَا يُسْمَعَ إِقْرَارُهُ الثَّانِي ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ الْأَوَّلَ تَضَمَّنَ ^(٨٨) الْأَعْتِرَافَ بِنَفْيِ مَالِكٍ لَهُ سِوَى هَذَا الْمُقَرَّرِ لَهُ ^(٨٩) ، فَإِذَا بَطَلَ إِقْرَارُهُ بَرْدُ الْمُقَرَّرِ لَهُ ، بَقِيَ ^(٩٠) الْأَعْتِرَافُ بِنَفْيِ مَالِكٍ لَهُ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ بِمَا نَفَاهُ ، كما لو أَقْرَ بِالْحُرِّيَةِ ثُمَّ أَقْرَ بَعْدَ ذَلِكَ بِالرَّقِّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِقْرَارٌ لَمْ يَقْبَلْهُ الْمُقَرَّرُ لَهُ ، فَلَمْ يَمْنَعْ إِقْرَارَهُ ثَانِيًا ، كما لو أَقْرَ لَهُ بِثُوبٍ ثُمَّ أَقْرَ بِهِ لِآخَرَ بَعْدَ رَدِّ الْأَوَّلِ . وَفَارَقَ الْإِقْرَارَ بِالْحُرِّيَةِ ، فَإِنْ إِقْرَارُهُ بِهَا لَمْ يَنْطَلِقْ وَلَمْ يَرُدَّ .

(٨٨) فِي الْأَصْلِ : « تَضَمَّنَ » .

(٨٩) سَقَطَ مِنْ : م .

(٩٠) فِي الْأَصْلِ : « نَفَى » .

فصل: إذا قبلنا إقراره بالرق بعد نكاحه ، لم يخل من أن يكون ذكراً أو أنثى ، فإن كان ذكراً ، فإن كان قبل الدخول ، فسَدَ نكاحه في حقه ؛ لأنه مُقَرَّرٌ أَنَّهُ عَبْدٌ تَزْوَجَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، ولها عليه نصف المهر ؛ لأنه حَقٌّ عليه ، فلم يَسْقُطْ بقوله ، وإن كان بعد الدخول ، فسَدَ نكاحه أيضا ، ولها عليه المهر جميعه ، لما ذكرنا ؛ لأنَّ الزَّوْجَ يَمْلِكُ الطَّلَاقَ . فإذا أقر بما يوجب الفرقة ، لزمته ، ولده حرٌّ تابعٌ لأمه . وإن كان متزوجاً بأمة ، فولده لسيدها ، ويتعلَّقُ المهر بِرَقَبَتِهِ ؛ لأنَّ ذلك من جنائياته ، ويُقَدِّيه سيده أو يُسَلِّمُهُ . وإن كان في يده كَسَبٌ ، استوفى المهر منه ؛ لأنه لم يثبت إقراره به لسيده بالنسبة إلى امرأته ، فلا يَنْقَطِعُ حَقُّها منه بإقراره . وإن قلنا : يُقْبَلُ قوله في جميع الأحكام ، فالتَّكَاحُ فاسِدٌ ؛ لكونه تَزْوَجَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، ويُفَرِّقُ بينهما ، ولا مهر لها عليه إن لم تكن مدخولاً بها ، وإن كان دخل بها ، فلها عليه المهر المُسَمَّى جميعه ، في إحدى الروايتين ، والأخرى خمساه . وإن كان اللقيطُ أنثى ، فالتَّكَاحُ صَحِيحٌ في حقه . وإن كان قبل الدخول ، فلا مهر لها ؛ لإقرارها بِفَسَادِ نِكَاحِها ، وأنها أمة تزوجت بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِها ، والتَّكَاحُ الفاسد لا يَجِبُ المهر فيه إلا بالدخول . وإن كان دخل بها ، لم يَسْقُطْ مهرها ، وليسيدها الأقل من المُسَمَّى أو مهر المثل ؛ لأنَّ المُسَمَّى إن كان أقل ، فالزَّوْجُ / يُتَكْرَرُ وَجُوبُ الرِّيَازَةِ عليه ، وقولها غير مقبول في حقه . وإن كان الأقل مهر المثل ، فهي وسيدها يُقَرَّرَانِ بِفَسَادِ النَّكَاحِ ، وأنَّ الواجب مهر المثل ، فلا يَجِبُ أكثر منه ، إلا على الرواية التي يَجِبُ فيها المُسَمَّى في النَّكَاحِ الفاسد ، فيَجِبُ ههنا المُسَمَّى ، قلَّ أو كَثُرَ ، لا غَيْرَ الزَّوْجِ بِوُجُوبِهِ . وأما الأولاد ، فأحرار ، ولا تَجِبُ قيمتهم ؛ لأنه لو وَجَبَ لَوَجَبَ بقولها ، ولا يَجِبُ بقولها حَقٌّ على غيرها ، ولا يَثْبُتُ الرِّقُّ في حَقِّ أولادها بإقرارها . فأما بقاء النَّكَاحِ ، فيقال للزَّوْجِ : قد ثبت أنها أمة ، ولدها رقيق لسيدها ، فإن اخترت المُقَامَ على ذلك فأقم ، وإن شئت ففارقها . وسواء كان ممن يجوز له نكاح الإماء أو لم يكن ؛ لأننا لو اعتبرنا ذلك ، وأفسدنا نكاحه ، لكان إفساداً للعقد جميعه بقولها ؛ لأنَّ شرط نكاح الأمة لا يُعْتَبَرُ في استدامة العقد ، إنما يُعْتَبَرُ في ابتدائه . فإن قيل : فقد قبلتم قولها في أنها أمة في

٢١٦/٥ ظ

المُسْتَقْبَلِ ، وفيه ضَرَرٌ على الزَّوْجِ . قلنا : لم يُقْبَلْ قَوْلُهَا في إيجابِ حَقٍّ لم يَدْخُلْ في العَقْدِ عليه ، فأَمَّا الحُكْمُ في المُسْتَقْبَلِ ، فَيُمْكِنُ إيفاءُ حَقِّهِ وَحَقٌّ مَنْ ثَبَتَ لَهُ الرِّقُّ عليها ، بَأَنْ يُطَلَّقَهَا ، فلا يَلْزَمُهُ ما لم يَدْخُلْ عليه ، أو يُقِيمُ^(٩١) على نِكَاحِهَا ، فلا يَسْقُطُ حَقُّ سَيِّدِهَا . فَإِنْ طَلَّقَهَا اعْتَدَّتْ عِدَّةُ الْحُرَّةِ ؛ لِأَنَّ عِدَّةَ الطَّلَاقِ حَقٌّ لِلزَّوْجِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهَا لَا تَجِبُ إِلَّا بِالدُّخُولِ ، وَسَبَبُهَا النِّكَاحُ السَّابِقُ ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُهَا في تَنْقِيصِهَا . وَإِنْ مَاتَ ، اعْتَدَّتْ عِدَّةُ الْأَمَةِ ؛ لِأَنَّ الْمُعْلَبَ فِيهَا حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى ، بِدَلِيلِ وُجُوبِهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَقَبِلَ قَوْلُهَا فِيهَا . وَمَنْ قَالَ يَقْبُولُ قَوْلُهَا فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ ، فَهَذِهِ أَمَةٌ قَدْ تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهَا ، فَنِكَاحُهَا فَاسِدٌ ، وَيُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَا مَهْرَ لَهَا . وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا ، وَجَبَ لَهَا مَهْرُ أَمَةٍ تُكَحِّثُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهَا ، عَلَى مَا ذُكِرَ فِي مَوْضِعِهِ . وَهَلْ ذَلِكَ مَهْرُ الْمِثْلِ ، أَوِ الْمُسَمَّى ؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ . وَتَعْتَدُّ بِحَيْضَتَيْنِ^(٩٢) ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ ، وَأَوَّلَاؤُهُ أَخْرَارٌ ؛ لِاعْتِقَادِهِ حُرِّيَّتِهَا ، فَإِنَّهُ مَعْرُورٌ بِحُرِّيَّتِهَا ، وَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُمْ يَوْمَ الْوَضْعِ . وَإِنْ مَاتَ عَنْهَا ، لَمْ تَجِبْ عِدَّةُ الْوَفَاةِ .

فصل : وَإِنْ كَانَ قَدْ تَصَرَّفَ بِبَيْعِ أَوْ شِرَاءٍ ، فَتَصَرَّفَهُ صَاحِبُ حَقِّهِ ، وَمَا عَلَيْهِ مِنَ الْحُقُوقِ وَالْإِثْمَانِ يُؤَدَّى مِمَّا فِي يَدَيْهِ ، وَمَا فَضَّلَ عَلَيْهِ فَفِي ذِمَّتِهِ ؛ لِأَنَّ مُعَامِلَهُ لَا يَعْتَرِفُ بِرَقِّهِ . وَمَنْ قَالَ يَقْبُولُ إِقْرَارَهُ / فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ ، قَالَ بِفَسَادِ عُقُودِهِ كُلِّهَا ، وَأَوْجَبَ رَدَّ الْأَعْيَانِ إِلَى أَرْبَابِهَا إِنْ كَانَتْ بَاقِيَةً ، وَإِنْ كَانَتْ تَالِفَةً ، وَجَبَتْ قِيَمَتُهَا فِي رَقَبَتِهِ ، إِنْ قُلْنَا : إِنْ مَا اسْتَدَانَ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فَهُوَ فِي رَقَبَتِهِ . وَإِنْ قُلْنَا بِأَنَّ اسْتِدَانَةَ الْعَبْدِ فِي ذِمَّتِهِ ، فَهَذَا كَذَلِكَ ، وَيَتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ رِضَى صَاحِبِهِ .

فصل : وَإِنْ كَانَ قَدْ جَنَى جَنَايَةً مُوجِبَةً لِلْقَصَاصِ ، فَعَلَيْهِ لَهُ^(٩٣) الْقَوْدُ ، حُرًّا كَانَ الْمَجْنِي عَلَيْهِ أَوْ عَبْدًا ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ بِالرَّقِّ يَفْتَضِي وَجُوبَ الْقَوْدِ عَلَيْهِ فِيمَا إِذَا كَانَ الْمَجْنِي

(٩١) فِي م : ٥ يَقُمُ .

(٩٢) فِي الْأَصْل : ٥ حَيْضَتَيْنِ .

(٩٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

عليه عبداً أو حُرّاً ، فُقِبِلَ إقراره فيه . وإن كانت الجِنَايَةُ حُطّاً ، تَعَلَّقَ أَرشُهَا بِرَقَبَتِهِ ؛ لأنَّ ذلك مُضِرٌّ بِهِ . فإن كان أَرشُهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهِ ، وكان في يَدِهِ مَالٌ ، اسْتَوْفَى مِنْهُ ، وإن كان ممَّا تُحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي إسْقَاطِ الزِّيَادَةِ ؛ لأنَّ ذلك يَضُرُّ بِالْمَجْنُونِ عليه ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فيه . وَقِيلَ : تَجِبُ الزِّيَادَةُ فِي نَيْتِ الْمَالِ ؛ لأنَّ ذلك كان واجِباً لِلْمَجْنُونِ عليه ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي إسْقَاطِهِ . وإن جُنِيَ عَلَيْهِ ^(٩٤) جِنَايَةٌ مُوجِبَةٌ لِلْقَوْدِ ، وكان الْجَانِي حُرّاً ، سَقَطَ ؛ لأنَّ الْحُرَّ لَا يُقَادُّ مِنْهُ لِلْعَبْدِ ، وَقَدْ أَقَرَّ لِلْمَجْنُونِ ^(٩٥) عَلَيْهِ بِمَا يُسْقِطُ الْقِصَاصَ . وإن كانت مُوجِبَةً لِمَالٍ يَقِلُّ ^(٩٦) بِالرُّقِّ ، وَجَبَ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ . وإن كان مُسَاوِيّاً لِلْوَاجِبِ قَبْلَ الْإِقْرَارِ ، وَجَبَ ، وَيُدْفَعُ الْوَاجِبُ إِلَى سَيِّدِهِ . وإن كان الْوَاجِبُ يَكْثُرُ لِكَوْنِ قِيَمَتِهِ عَبْدًا أَكْثَرَ مِنْ دِينَتِهِ حُرّاً ، لم يَجِبْ إِلَّا أَرشُ الْجِنَايَةِ عَلَى الْحُرِّ . وَمَنْ قَبِلَ قَوْلَهُ فِي الْأَحْكَامِ كُلِّهَا ^(٩٧) ، أَوْجَبَ أَرشَ الْجِنَايَةِ عَلَى الْعَبْدِ . وإن كان الْأَرشُ تُحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ إِذَا كَانَ حُرّاً ، سَقَطَ عَنِ الْعَاقِلَةِ ، ولم يَجِبْ عَلَى الْجَانِي ؛ لأنَّ إقراره بِالرُّقِّ يَتَضَمَّنُ إقراره بالسُّقُوطِ عَنِ الْعَاقِلَةِ ، ولم يُقْبَلْ فِي إيجابِهِ عَلَى الْجَانِي ، فَسَقَطَ . وَقِيلَ : لَا يَتَحَوَّلُ عَنِ الْعَاقِلَةِ . وَمَنْ قَالَ : لَا ^(٩٧) يُقْبَلُ إقراره فِي الْأَحْكَامِ كُلِّهَا . أَوْجَبَ الْأَرشَ عَلَى الْجَانِي .

(٩٤) فِي النسخ : « عليها » .

(٩٥) فِي م : « المجنى » .

(٩٦) فِي الْأَصْل : « يَقْبَل » .

(٩٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

كتاب الوصايا

/ الوصايا جمع وصية ، مثل العطايا جمع عطية . والوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت . والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع ؛ أما الكتاب فقول الله سبحانه وتعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُم إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ ﴾ ^(١) . وقال الله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنِ ﴾ ^(٢) . وأما السنة فروى سعد ابن أبي وقاص ، قال : جاءني رسول الله ﷺ يعوذني عام حجة الوداع ، من وجع اشتدني ، فقلت : يا رسول الله ، قد بلغني من الوجع ما ترى ، وأنا ذو مال ، ولا يرثني إلا ابنة ، أفأصدق بثلثي مالي ؟ قال : « لا » . قلت : فبالشطر يا رسول الله ؟ قال : « لا » . قلت : فبالثلث ؟ قال : « الثلث ، والثلث كثير » ، إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » . وعن ابن عمر ، أن رسول الله ﷺ قال : « ما حق امرئ مسلم ^(٣) له شيء يوصي فيه ^(٤) يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده » . متفق عليهما ^(٥) . وروى أبو أمامة ، قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول :

(١) سورة البقرة ١٨٠ .

(٢) سورة النساء ١٢ .

(٣) سقط من : الأصل ، ١ .

(٤) في م : « به » .

(٥) الأول تقدم ترجمه في ٣٧/٦ . والثاني أخرجه البخاري ، في : باب الوصايا وقول النبي ﷺ وصية الرجل مكتوبة عنده ... ، من كتاب الوصايا . صحيح البخاري ٢/٤ . ومسلم ، في : كتاب الوصية . صحيح مسلم ١٢٤٩/٣ ، ١٢٥٠ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء فيما يؤمر به من الوصية ، من كتاب الوصايا . سنن أبي داود ١٠١/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الحث على الوصية ، من أبواب الجنائز ، وفي : باب ما جاء في الحث على الوصية ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٩٧/٤ ، ٢٧٢/٨ ، ٢٧٣ . والنسائي ، في : باب الكراهية في تأخير الوصية ، من كتاب الوصايا . المحتجى ١٩٩/٦ . وابن ماجه ، في : باب الحث على الوصية ، من كتاب الوصايا . =

« إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ ، فَلَا وَصِيَّةَ لِرِثٍ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(٦) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ ، وَعَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ^(٧) قَالَ : إِنَّكُمْ تَقْرَأُونَ هَذِهِ الْآيَةَ : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ زَيْنٍ ﴾ . وَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى أَنْ الَّذِينَ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(٨) . وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ فِي جَمِيعِ الْأُمُصَارِ وَالْأَعْصَارِ^(٩) عَلَى جَوَازِ الْوَصِيَّةِ .

فصل : لَا تَجِبُ الْوَصِيَّةُ إِلَّا عَلَى مَنْ عَلَيْهِ ذَيْنٌ ، أَوْ عِنْدَهُ وَدِيعَةٌ ، أَوْ عَلَيْهِ وَاجِبٌ يُوصَى بِالْخُرُوجِ مِنْهُ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَرَضَ أَدَاءَ الْأَمَانَاتِ ، وَطَرِيقُهُ فِي هَذَا الْبَابِ الْوَصِيَّةُ ، فَتَكُونُ مَقْرُوضَةً عَلَيْهِ ، فَأَمَّا الْوَصِيَّةُ بِجُزْءٍ مِنْ مَالِهِ ، فَلَيْسَتْ بِوَاجِبَةٍ عَلَى أَحَدٍ ، فِي قَوْلِ الْجُمْهُورِ . وَبِذَلِكَ قَالَ الشَّعْبِيُّ ، وَالتَّحَوُّيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ^(١٠) ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : أَجْمَعُوا

= سنن ابن ماجه ٩٠١/٢ . والدارمي ، في : باب من استحب الوصية ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمي ٤٠٢/٢ . والإمام مالك ، في : باب الأمر بالوصية ، من كتاب الوصية . الموطأ ٧٦١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١١٣٠ ، ٨٠ ، ٥٧ ، ٥٠ ، ١٠/٢ .

(٦) أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في الوصية للوارث ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ١٠٣/٢ . والتِّرْمِذِيُّ ، في : باب ما جاء لا وصية لوارث ، من أبواب الوصايا . عارضة الأخوذى ٢٧٥/٨ ، ٢٧٨ . كما أخرجه النسائي ، في : باب إبطال الوصية للوارث ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٢٠٧/٦ . وابن ماجه ، في : باب لا وصية لوارث . من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٩٠٥/٢ ، ٩٠٦ ، والدارمي ، في : باب الوصية للوارث ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمي ٤١٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٨٦/٤ ، ١٨٧ ، ٢٣٨ ، ٢٦٧/٥ ، ٢٣٩ .

(٧) سقط من : الأصل ، م .

(٨) في : باب ما جاء في ميراث الإخوة من الأب والأم ، من أبواب الفرائض ، وفي : باب ما جاء يبدأ بالدين قبل الوصية ، من أبواب الوصايا . عارضة الأخوذى ٢٤٥/٨ ، ٢٤٦ ، ٢٧٩ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب تأويل قول الله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ زَيْنٍ ﴾ ، من كتاب الوصايا . صحيح البخاري ٦/٤ . وابن ماجه ، في : باب الدين قبل الوصية ، سنن ابن ماجه ٩٠٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٣١ ، ٧٩/١ ، ١٤٤ .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) في زيادة : « وإسحاق » .

على أن الوصية غير واجبة ، إلا على من عليه حقوق غير يئنة ، وأمانة بغير إشهاد ، إلا طائفة شذت فأوجبها . روى عن الزهري أنه قال : جعل الله الوصية حقا مما قل أو كثر . وقيل لأبي مجلز : على كل ميت وصية ؟ قال : إن ترك خيرا . وقال أبو بكر عبد العزيز : / هي واجبة للأقربين الذين لا يرثون . وهو قول داود . وحكى ذلك عن مسروق ، وطاوس ، وإياس ، وقنادة ، وابن جبرير . واحتجوا بالآية ، وخبر ابن عمر ، وقالوا : نسخت الوصية للوالدين والأقربين ، وبقيت في من لا يرث من الأقربين . ولنا ، أن أكثر أصحاب رسول الله ﷺ لم ينقل عنهم وصية ، ولم ينقل لذلك كثير ، ولو كانت واجبة لم يخلوا بذلك ، ونقل عنهم نقلا ظاهرا ، ولأنها عطية لا تجب في الحياة ، فلا تجب بعد الموت كعطية الأجانب . فأما الآية ، فقال ابن عباس : نسختها قوله سبحانه : ﴿ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ ﴾ ^(١١) . وقال ابن عمر : نسختها آية الميراث . وبه قال عكرمة ، ومجاهد ، ومالك ، والشافعي . وذهبت طائفة ممن يرى نسخ القرآن بالسنة ، إلى أنها نسخت بقول النبي ﷺ : « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه ، فلا وصية لوارث » . وحديث ابن عمر محمول على من عليه واجب ، أو عنده ودعة .

فصل : وتستحب الوصية بجزء من المال لمن ترك خيرا ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ كَتَبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ أَنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ ﴾ . فنسخ الوجوب ، وبقي الاستحباب في حق من لا يرث . وقد روى ^(١٢) ابن عمر ، قال : قال رسول الله ﷺ : « يا ابن آدم ، جعلت لك نصيبا من مالك حين أخذت بكظيمك ^(١٣) ، لإظهرك وأزكك » . وعن أبي هريرة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « إن الله تصدق

(١١) سورة النساء ٧ .

(١٢) في م زيادة : « عن » .

(١٣) الكظم : مخرج النفس .

عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلْثِ أَمْوَالِكُمْ » . رَوَاهُما ابْنُ مَاجَهَ ^(١٤) . وقال الشَّعْبِيُّ : مَنْ أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ ، فَلَمْ يَجُرْ ، وَلَمْ يَحِفْ ، كَانَ لَهُ مِنَ الْأَجْرِ مِثْلُ مَا لَوْ أَعْطَاهَا وَهُوَ صَحِيحٌ . وَأَمَّا الْفَقِيرُ الَّذِي لَهُ وَرَثَةٌ مُحْتَاجُونَ ، فَلَا يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يُوصِيَ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ قَالَ فِي الْوَصِيَّةِ : ﴿ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا ﴾ . وقال النَّبِيُّ ﷺ : « إِنَّكَ أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » . وقال : « أَبْدَأْ بِنَفْسِكَ ، ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ » ^(١٥) . وقال عَلِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، لِرَجُلٍ أَرَادَ أَنْ يُوصِيَ : إِنَّكَ لَنْ تَدَعَ طَائِلًا ، إِنَّمَا تَرَكْتَ شَيْئًا يَسِيرًا ، فَدَعُهُ لَوَرَثَتِكَ . وعنه : أَرْبَعُمِائَةِ دِينَارٍ لَيْسَ فِيهَا فَضْلٌ عَنِ الْوَرِثَةِ . وَرَوَى عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَنَّ رَجُلًا قَالَ / لَهَا : لِي ثَلَاثَةُ آلَافٍ ذِرْهَمٍ ، وَأَرْبَعَةُ أَوْلَادٍ ، أَفَأُوصِي ؟ فَقَالَتْ : اجْعَلِ الثَّلَاثَةَ لِلْأَرْبَعَةِ . وعن ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ : مَنْ تَرَكَ سَبْعُمِائَةِ ذِرْهَمٍ لَيْسَ عَلَيْهِ وَصِيَّةٌ . وقال عُرْوَةُ : دَخَلَ عَلِيُّ عَلَى صَدِيقٍ لَهُ يَمُودُهُ ، فَقَالَ الرَّجُلُ : إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُوصِيَ . فَقَالَ لَهُ عَلِيُّ ^(١٦) : إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ : ﴿ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا ﴾ ، وَإِنَّكَ إِنَّمَا تَدْعُ شَيْئًا يَسِيرًا ، فَدَعُهُ لَوَرَثَتِكَ . وَاخْتَلَفَ أَهْلُ الْعِلْمِ فِي الْقَدْرِ الَّذِي لَا تُسْتَحَبُّ الْوَصِيَّةُ ^(١٧) لِمَالِكِهِ ، فَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ : إِذَا تَرَكَ دُونَ الْآلِفِ لَا تُسْتَحَبُّ لَهُ ^(١٨) الْوَصِيَّةُ . وعن عَلِيٍّ ، أَرْبَعُمِائَةِ دِينَارٍ . وقال ابْنُ عَبَّاسٍ : إِذَا تَرَكَ الْمِائَتَ سَبْعُمِائَةِ ذِرْهَمٍ ، فَلَا يُوصَى . وقال : مَنْ تَرَكَ سِتِّينَ دِينَارًا ، مَا تَرَكَ خَيْرًا . وقال طَاوُسٌ : الْخَيْرُ ثَمَانُونَ دِينَارًا . وقال النَّحَّعِيُّ : أَلْفٌ وَخَمْسُمِائَةٍ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ : الْقَلِيلُ أَنْ يُصِيبَ أَقْلُ الْوَرِثَةِ سَهْمًا ^(١٩) خَمْسُونَ ذِرْهَمًا . وَالَّذِي يَقُولُ عِنْدِي ، أَنَّهُ مَتَى كَانَ الْمَتْرُوكُ لَا يُفْضَلُ عَنْ غَنَى الْوَرِثَةِ ، فَلَا تُسْتَحَبُّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ

٥٥/٧ ظ

(١٤) في : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٩٠٤/٢ .

(١٥) تقدم تحريجه في ٣٠٨/٤ .

(١٦) سقط من : م .

(١٧) سقط من : ١ ، وفي م : ٥ له .

(١٨) في ١ ، م : ٥ منها تحريف .

النبي ﷺ عَلَّلَ الْمَنْعَ مِنَ الْوَصِيَّةِ بِقَوْلِهِ : « أَنْ تَتْرُكَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تُدْعَهُمْ عَالَةً » . وَلِأَنَّ إِعْطَاءَ الْقَرِيبِ الْمُحْتَاجِ خَيْرٌ مِنْ إِعْطَاءِ الْأَجْنَبِيِّ ، فَمَتَى لَمْ يَلْغُ الْمِيرَاثُ غِنَاهُمْ ، كَانَ تَرْكُهُ لَهُمْ كَعَطِيَّتِهِمْ إِيَّاهُ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ أَفْضَلَ مِنَ الْوَصِيَّةِ بِهِ لِغَيْرِهِمْ ، فَعِنْدَ هَذَا يَخْتَلِفُ الْحَالُ بِاخْتِلَافِ الْوَرَثَةِ فِي كَثَرَتِهِمْ وَقِلَّتِهِمْ ، وَغِنَاهُمْ وَحَاجَتِهِمْ ، فَلَا يَتَقَيَّدُ بِقَدْرِ مِنَ الْمَالِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَقَدْ قَالَ الشَّعْبِيُّ : مَا مِنْ مَالٍ أَعْظَمُ أَجْرًا ، مِنْ مَالٍ يَتْرُكُهُ الرَّجُلُ لَوَلَدِهِ ، يُغْنِيهِمْ بِهِ عَنِ النَّاسِ .

فصل : وَالْأَوَّلَى أَنْ لَا يَسْتَوْعِبَ الثَّلَاثَ بِالْوَصِيَّةِ وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا ؛ لقول النبي ﷺ : « وَالثَّلَاثُ كَثِيرٌ » . قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : لَوْ أَنَّ النَّاسَ غَضُّوا مِنَ الثَّلَاثِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الثَّلَاثُ كَثِيرٌ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١٩) . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ كَانَ غَنِيًّا اسْتَحَبَّ الْوَصِيَّةَ بِالثَّلَاثِ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِسَعْدٍ : « وَالثَّلَاثُ كَثِيرٌ » . مَعَ إِخْبَارِهِ إِيَّاهُ بِكَثَرَةِ مَالِهِ ، وَقِلَّةِ عِيَالِهِ ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي الْحَدِيثِ : « إِنْ لِيَ مَالًا كَثِيرًا ، وَلَا يَرْتِنِي إِلَّا ابْنَتِي » . وَرَوَى ^(٢٠) سَعِيدٌ ، ثَنَا خَالِدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ ، ثَنَا عَطَاءُ ^(٢١) بْنُ السَّائِبِ ، عَنْ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ السُّلَمِيِّ ، عَنْ سَعْدِ بْنِ مَالِكٍ ، قَالَ : مَرِضْتُ مَرَضًا ، فَعَادَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ لِي : « أَوْصَيْتَ ؟ » . فَقُلْتُ : نَعَمْ . أَوْصَيْتُ بِمَالِي / كُلِّهِ لِلْفَقَرَاءِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ . فَقَالَ لِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَوْصِ بِالْعَشِيرِ » . فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنْ مَالِي كَثِيرٌ . وَوَرَثَتِي أَغْنِيَاءُ . فَلَمْ يَزَلْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يُنَاقِصُنِي وَأُنَاقِصُهُ ، حَتَّى قَالَ : « أَوْصِ بِالثَّلَاثِ ، وَالثَّلَاثُ كَثِيرٌ » . وَقَالَ أَبُو عَبْدِ الرَّحْمَنِ : لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ مِمَّا يَلْغُ فِي وَصِيَّتِهِ الثَّلَاثَ حَتَّى يَنْقُصَ مِنْهُ شَيْئًا ؛ لقول النبي ﷺ : « الثَّلَاثُ ، وَالثَّلَاثُ كَثِيرٌ » . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا فَضْلَ لِلْغَنَى الْوَصِيَّةَ بِالْخُمْسِ . وَنَحْوُ هَذَا يَرَوِي

(١٩) أخرجه البخاري ، في : باب الوصية بالثلث ... ، من كتاب الوصايا . صحيح البخاري ٤/٣ ، ٤ .
ومسلم ، في : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصية . صحيح مسلم ١٢٥٣/٣ .
كما أخرجه النسائي ، في : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٢٠٤/٦ . وابن ماجه ، في : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٩٠٥/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٣٠/١ ، ٢٣٣ .
(٢٠ - ٢٠) في م : « سعيد بن خالد ثنا ابن عبد الله ثنا عطاء » .

عن أبي بكر الصديق ، وعلى بن أبي طالب ، رضي الله عنهما . وهو ظاهر قول السلف ، وعلماء أهل البصرة . ويروى عن عمر ، رضي الله عنه ، أنه جاءه شيخ ، فقال : يا أمير المؤمنين ، أنا شيخ كبير ، ومالي كثير ، ويرثني أغراب موال كلاله ، منزوح نسبهم ، أفأوصي بمالي كله ؟ قال : لا . قال ^(٢١) : فلم يزل يحط ^(٢٢) حتى بلغ العشر ^(٢٣) . وقال إسحاق : السنة الأربع ، إلا أن يكون رجلاً يعرف في ماله حرمة ^(٢٤) شبهات أو غيرها ، فله استيعاب الثلث . ولنا ، أن أبا بكر الصديق ، رضي الله عنه ، أوصى بالخمس . وقال : رضىت بما رضى الله به لنفسه . يعنى قوله تعالى : ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ﴾ ^(٢٥) ، وروى أن أبا بكر وعلياً ، رضي الله عنهما ، أوصيا بالخمس . وعن علي ، رضي الله عنه ، أنه قال : لأن أوصى بالخمس ، أحب إلي من الأربع . وعن إبراهيم ، قال : كانوا يقولون : صاحب الأربع أفضل من صاحب الثلث ، وصاحب الخمس أفضل من صاحب الأربع . وعن الشعبي قال : كان الخمس أحب إليهم من الثلث ، فهو ممتنهي الجامع . وعن العلاء ابن زياد قال : أوصى أبى أن أسأل العلماء ، أى الوصية أعدل ؟ فما تآبَعُوا عليه فهو وصيته ، فتآبَعُوا على الخمس .

فصل : والأفضل أن يجعل وصيته لأقاربه الذين لا يرثون ، إذا كانوا فقراء ، في قول عامة أهل العلم . قال ابن عبد البر : لا خلاف بين العلماء علمت في ذلك ، إذا كانوا ذوى حاجة ، وذلك لأن الله تعالى كتب الوصية للوالدين والأقربين ، فخرج

(٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) في ١ : « يحط » .

(٢٣) أخرجه البيهقي ، في : باب من استحب النقصان عن الثلث ... ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٢٧٠/٦ . وابن أبي شيبة ، في : باب ما يجوز للرجل من الوصية في ماله ، من كتاب الوصايا . المصنف ٢٠٢/١١ .

وعبد الرزاق ، في : باب كم يوصى الرجل من ماله ، من كتاب الوصايا . المصنف ٦٤/٩ .

(٢٤) سقط من : ١ .

(٢٥) سورة الأنفال ٤١ .

منه الوارثون بقول النبي ﷺ : « لا وصية لوارث » . وبقي سائر الأقارب^(٢٦) على الوصية^(٢٦) لهم . وأقل ذلك الاستحباب ، وقد قال الله تعالى : ﴿ وَآتَ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ ﴾^(٢٧) . وقال تعالى : ﴿ وَآتَى الْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ ﴾^(٢٨) فبدأ بهم ، ولأن الصدقة عليهم في الحياة أفضل ، فكذلك بعد الموت . فإن أوصى لغيرهم وتركهم ، صححت وصيته ، في قول أكثر أهل العلم ، منهم ؛ سالم ، وسليمان بن يسار ، وعطاء ، ومالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وحكى عن طاوس ، والضحاك ، وعبد الملك بن يعلى ، أنهم قالوا : يترغ عنهم ، ويُرَدُّ إلى قرأته . وعن سعيد بن المسيب ، والحسن ، وجابر بن زيد : للذي أوصى له ثلث الثلث ، والباقي يُرَدُّ إلى قرابة الموصي ؛ لأنه لو أوصى بماله كله لجاز منه الثلث ، والباقي رُدَّ على الورثة ، وأقاربه الذين لا يرثونه في استحقاق الوصية كالورثة في استحقاق المال كله . ولنا ، ما روى عمران بن حصين ، أن رجلاً أعتق في مرضه ستة أعبد ، لم يكن له مال غيرهم ، فبلغ ذلك النبي ﷺ ، فدعاهم ، فجزأهم ثلاثة أجزاء ، ثم أقرع بينهم ، فأعتق اثنين ، وأرق أربعة^(٢٩) . فأجاز العتق في ثلثه لغير قرأته ، ولأنها عطية ، فجازت لغير قرأته ، كالعطية في الحياة .

(٢٦) - (٢٦) سقط من : م .

(٢٧) سورة الإسراء ٢٦ .

(٢٨) سورة البقرة ١٧٧ .

(٢٩) أخرجه مسلم ، في : باب من أعتق شركا له في عبد ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ١٢٨٨/٣ . وأبو داود ، في : باب من أعتق عبدا له لم يبلغهم الثلث ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٥٣/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في من يعتق مملوكه عند موته وليس له مال غيرهم ، من أبواب الأحكام . عاوضة الأخوذى ١٢١/٦ ، ١٢٢ . والنسائي ، في : باب الصلاة على من يحيف في وصيته ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٥١/٤ ، ٥٢ . والإمام مالك ، في : باب من أعتق رقيقا لا يملك ما لا غيرهم ، من كتاب العتق . الموطأ ٧٧٤/٢ . مرسلا . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٢٦/٤ ، ٤٢٨ ، ٤٣٠ ، ٤٣١ ، ٤٣٨ ، ٤٣٩ ، ٤٤٠ ، ٤٤٥ ، ٤٤٦ .

٩٥٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةُ ذَلِكَ)

وجملة ذلك أن الإنسان إذا وصَّى لوارثه بوصية ، فلم يُجزها سائر الورثة ، لم تصح . بغير خلاف بين العلماء . قال ابن المنذر ، وابن عبد البر : أجمع أهل العلم على هذا . وجاءت الأخبار عن رسول الله ﷺ بذلك فروى أبو أمامة ، قال : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ ، فَلَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ » . رواه أبو داود . وابن ماجه ، والترمذي ^(١) . ولأن النبي ﷺ منع من عطية بعض ولده ^(٢) ، وتفضيل بعضهم على بعض في حال الصحة ، وقوة الملك ، وإمكان تلافى العدل بينهم بإعطاء الذى لم يُعطه فيما بعد ذلك ، لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم ، ففي حال موته أو مرضه ، وضعف ملكه ، وتعلق الحقوقي به ، وتعدُّر تلافى العدل بينهم ، أولى وأحرى . وإن أجازها ، جازت ، في قول الجمهور من العلماء . وقال بعض أصحابنا : الوصية باطلة ، وإن أجازها سائر ^(٣) الورثة ، إلا أن يُعطوه عطية مبتدأة . / أخذنا من ظاهر قول أحمد ، في رواية حنبل : لا وصية لوارث . وهذا قول المزني ، وأهل الظاهر . وهو قول للشافعي ، واحتجوا بظاهر قول النبي ﷺ : « لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ » . وظاهر مذهب أحمد والشافعي ، أن الوصية صحيحة في نفسها . وهو قول جمهور العلماء ؛ لأنه تصرف صدر من أهله في محله ، فصَحَّ ، كما لو وصَّى لأجنبي ، والخبر قد روى فيه : « إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةُ » . والاستثناء من التقي إثبات ، فيكون ذلك دليلاً على ^(٤) صحة الوصية عند الإجازة ، ولو خلا من الاستثناء كان معناه لا وصية نافذة أو لازمة ، أو ما أشبه هذا ، أو يُقدَّر فيه : لا وصية لوارث عند عدم الإجازة من غيره من الورثة . وفائدة الخلاف أن الوصية إذا كانت صحيحة ،

٥٧/٧ و

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٩٠ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحتي ٢٥٦ ، ٢٥٧ .

(٣) سقط من الأصل ، ١ .

(٤) في الأصل ، م ، : ٥ من ٤ .

فَإِجَازَةُ الْوَرَاثَةِ تَنْفِيذُ وَإِجَازَةُ مُحَضَّةٌ ، يَكْفِي فِيهَا قَوْلُ الْوَارِثِ : أَجَزْتُ ، أَوْ أَمْضَيْتُ ، أَوْ تَقَدَّضْتُ . فَإِذَا قَالَ ذَلِكَ ، لَرِمَتْ الْوَصِيَّةُ . وَإِنْ كَانَتْ بَاطِلَةً ، كَانَتْ الْإِجَازَةُ هِبَةً مُبْتَدَأَةً ، تَقْتَضِرُ إِلَى شُرُوطِ الْهِبَةِ ، مِنَ اللَّفْظِ وَالْقَبُولِ وَالْقَبْضِ ، كَالْهِبَةِ الْمُبْتَدَأَةِ . وَلَوْ رَجَعَ الْمُجِيزُ قَبْلَ الْقَبْضِ فِيمَا^(٥) يُعْتَبَرُ فِيهِ الْقَبْضُ ، صَحَّ رُجُوعُهُ .

فصل : وَإِنْ أَسْقَطَ عَنْ وَارِثِهِ ذَنْبًا ، أَوْ أَوْصَى بِقَضَاءِ ذَنْبِهِ ، أَوْ أَسْقَطَتِ الْمَرْأَةُ صَدَاقَهَا عَنْ زَوْجِهَا ، أَوْ عَفَا عَنْ جِنَايَةِ مُوجِبِهَا الْمَالَ ، فَهُوَ كَالْوَصِيَّةِ . وَإِنْ عَفَا عَنْ الْقِصَاصِ ، وَقُلْنَا : الْوَاجِبُ الْقِصَاصُ عَيْنًا . سَقَطَ إِلَى غَيْرِ بَدَلٍ . وَإِنْ قُلْنَا : الْوَاجِبُ أَحَدُ شَيْئَيْنِ . سَقَطَ الْقِصَاصُ ، وَوَجَبَ الْمَالُ . وَإِنْ عَفَا عَنْ حَدِّ الْقَذْفِ ، سَقَطَ مُطْلَقًا . وَإِنْ وَصَّى لِغَيْرِمِ وَارِثِهِ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ . وَكَذَلِكَ إِنْ وَهَبَ لَهُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ : هُوَ وَصِيَّةٌ لِلْوَارِثِ ؛ لِأَنَّ الْوَارِثَ يَتَنَفَّعُ بِهَذِهِ الْوَصِيَّةِ ، وَتُسْتَوْفَى دُيُوتُهُ مِنْهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَصَّى لِأَجْنَبِيٍّ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لِمَنْ عَادَتْهُ الْإِحْسَانُ إِلَى وَارِثِهِ . وَإِنْ وَصَّى لَوْلَدٍ وَارِثِهِ ، صَحَّ ، فَإِنْ كَانَ يَقْصِدُ بِذَلِكَ نَفْعَ الْوَارِثِ ، لَمْ يَجْزُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى . قَالَ طَاوُوسٌ ، فِي قَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ : ﴿ فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصِرٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا ﴾^(٦) قَالَ : أَنْ يُوصِيَ لَوْلَدٍ ابْنَتَهُ ، وَهُوَ يُرِيدُ ابْنَتَهُ . / رَوَاهُ سَعِيدٌ^(٧) . قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : الْجَنَفُ فِي الْوَصِيَّةِ وَالْإِضْرَارُ فِيهَا مِنَ الْكِبَائِرِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِكُلِّ وَارِثٍ بِمُعَيَّنٍ مِنْ مَالِهِ بِقَدَرٍ نَصِيْبِهِ ، كَرَجُلٍ خَلَفَ ابْنًا وَبِنْتًا ، وَعَبْدًا قِيَمَتُهُ مَائَةٌ ، وَجَارِيَةً قِيَمَتُهَا خَمْسُونَ ، فَوَصَّى لِابْنِهِ بِعَبْدِهِ ، وَلِابْنَتِهِ بِجَارِيَتِهِ ، احْتَمَلَ أَنْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْوَارِثِ فِي الْقَدْرِ لَا فِي الْعَيْنِ ، بِذَلِيلِ مَالِهِ عَاوَضَ الْمَرِيضُ بَعْضَ وَرَثَتِهِ أَوْ أَجْنَبِيًّا بِجَمِيعِ مَالِهِ ، صَحَّ إِذَا كَانَ ذَلِكَ بِثَمَنِ الْمِثْلِ ،

(٥) فِي الْأَصْلِ ، م ، : فَمَا .

(٦) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ١٨٢ .

(٧) لَمْ نَجِدْهُ فِيمَا طُبِعَ مِنْ سَنَنِ سَعِيدِ بْنِ مَنْصُورٍ . وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ قَالَ يَنْسَخُ الْوَصِيَّةَ لِلْأَقْرَبِينَ الَّذِينَ لَا يَرْتُونَهُ ... ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٢٦٥/٦ ، ٢٦٦ . وَالْدَارَقُطْنِيُّ ، فِي : كِتَابِ الْوَصَايَا . سَنَنِ الدَّارَقُطْنِيِّ ١٥٢/٤ .

وإن تَضَمَّنَ قَوَاتِ عَيْنِ الْمَالِ . واحْتَمَلَ أَنْ تَقِفَ عَلَى الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّ فِي الْأَعْيَانِ غَرَضًا صَحِيحًا ، وَكَمَا لَا يَجُوزُ إِبْطَالُ حَقِّ الْوَارِثِ فِي قَدْرِ حَقِّهِ ، لَا يَجُوزُ مِنْ عَيْنِهِ .

فصل : وإذا مَلَكَ الْمَرِيضُ مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ بَغِيرَ عَوْضٍ ، عَتَقَ وَوَرِثَ . وبهذا قال مَالِكٌ ، وبعضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وحكاةُ الْخَبْرِيِّ مَذْهَبًا لِلشَّافِعِيِّ . ولا خِلَافَ بَيْنَ هَؤُلَاءِ فِي أَنَّهُ إِذَا مَلَكَهُ بِالْمِيرَاثِ ، أَنَّهُ يَعْتَقُ وَيَرِثُ . وقال أبو حنيفة : إن حَمَلَهُ الثُّلُثُ ، عَتَقَ وَوَرِثَ ، وَإِلَّا سَعَى فِيمَا بَقِيَ عَلَيْهِ ، وَلَمْ يَرِثْ . ولم يُفَرِّقْ بَيْنَ أَنْ يَمْلِكْهُ بِعَوْضٍ أَوْ غَيْرِهِ . وقال أبو يوسف ، ومحمد : يُحْتَسَبُ مِيرَاثُهُمْ مِنْ قِيَمَتِهِمْ ، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ أَخَذَهُ ، وَإِنْ فَضَلَ عَلَيْهِمْ شَيْءٌ سَعَوْا فِيهِ . ولنا ، أَنَّ الْمَرِيضَ لَمْ يَضَعْ فِيهِمْ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ ، وَإِنَّمَا تَعَاطَى سَبَبَ مِلْكِهِمْ عَلَى وَجْهِ لَمْ يَسْتَقِرَّ ، وَزَالَ بِغَيْرِ إِزَالَتِهِ ، فَلَمْ يُحْتَسَبْ عَلَيْهِ مِنْ ثُلُثِهِ ، كَمَا لَوْ أَتَاهُ شَيْءٌ فَرَجَعَ الْوَاهِبُ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، أَوْ اشْتَرَى شَيْئًا فِيهِ غِبْطَةً بِشَرْطِ الْخِيَارِ فَفَسَخَ الْبَائِعُ ، أَوْ وَجَدَ بِالْثَمَنِ عَيْبًا فَفَسَخَ الْبَيْعَ ، أَوْ تَزَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ فَطُلِّقَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ . وإذا لم تَكُنْ وَصِيَّةً^(٨) تُحْتَسَبُ عَلَيْهِ مِنَ الثُّلُثِ ، لَمْ يُنْعَمَ الْمِيرَاثُ ، كَمَا لَوْ مَلَكَهُ بِالْمِيرَاثِ^(٩) عِنْدَ مَنْ سَلَّمَهُ ، أَوْ كَمَا لَوْ كَانَ ذَلِكَ فِي صِحَّتِهِ ، فَإِنَّ^(١٠) مَلَكَهُ بِعَوْضٍ ، كَالشَّرَاءِ^(١١) ، فَحَكَى الْخَبْرِيُّ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَعْتَقُ وَيَرِثُ . وهذا قول ابن الماجشون ، وأهل البصرة . وقال القاضي ، في « الْمُجَرَّدِ » : إن مَلَكَهُ بِعَوْضٍ ، وَخَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ ، عَتَقَ وَوَرِثَ ، وَإِلَّا عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ . وهذا قول مَالِكٍ . وقال الْخَبْرِيُّ : وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ .^(١٢) وحكى غيره عن الشَّافِعِيِّ^(١٣) أَنَّهُ لَا فَرْقَ عِنْدَهُ بَيْنَ أَنْ يَمْلِكْهُ بِعَوْضٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَأَنَّهُ إِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ عَتَقَ ، وَإِلَّا عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، وَلَا يَرِثُ فِي الْحَالَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَرِثَ لَكَانَ إِعْتَاقُهُ وَصِيَّةً

و ٥٨/٧

(٨) في ١ ، م زيادة : ٥ : لم .

(٩ - ٩) سقط من : الأصل .

(١٠) في ١ : فأما إن .

لَوَارِثٍ ، فَيَبْطُلُ عِتْقُهُ ، وَيَبْطُلُ مِيرَاثُهُ ، لِبُطْلَانِ عِتْقِهِ ، فَيُؤَدَّى تَوْرِيثُهُ^(١١) إِلَى ابْطَالِ
تَوْرِيثِهِ ، فَصَحَّحْنَا عِتْقَهُ وَلَمْ تَوْرِثْهُ ، لَقَلَّا يُفْضَى إِلَى ذَلِكَ . وَمَذْهَبُ أُنَى حَنِيفَةَ
وَصَاحِبِيَّهِ فِي هَذَا ، كَمَذْهَبِهِمْ فِيمَا إِذَا مَلَكَهُ بِغَيْرِ عَوَضٍ . وَلَنَا ، عَلَى إِعْتَاقِهِ قَوْلُ النَّبِيِّ
ﷺ : « مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، فَهُوَ حُرٌّ »^(١٢) . وَلَأَنَّهُ مَلَكَ وَجَدَ مَعَهُ مَا
يُنَافِيهِ ، فَبُطِّلَ ، كَمَلَكَ النِّكَاحُ مَعَ مَلَكَ الرِّقَّةِ ، أَعْنَى فِيمَا إِذَا اشْتَرَى أَحَدَ الزَّوْجَيْنِ
صَاحِبَهُ : وَإِذَا عَتَقَ وَرِثَ ؛ لَأَنَّهُ وَجَدَ سَبَبَ الْمِيرَاثِ عَرِيًّا عَنْ الْمَوَانِعِ ، فَوَرِثَ ، كَمَا
لَوَوْرِثَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ عَتَقَهُ وَصِيَّةٌ . لَا يَصَحُّ ، لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ فَعْلُهُ ، وَالْعَتَقُ هُنَا يَحْصُلُ
مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِهِ ، وَلَا إِرَادَتِهِ ، وَلِأَنَّ رَمَةَ الْمُعْتَقِ لَا تَحْصُلُ لَهُ ، وَإِنَّمَا تُثَلَّفُ مَالِيَّتُهُ
وَتُزَوَّلُ ، فَيَصِيرُ ذَلِكَ كَتَلْفِهِ بِقَتْلِ بَعْضٍ فَبِقِهِ ، أَوْ كَاثْلَافِ بَعْضٍ^(١٣) مَالِهِ فِي بِنَاءِ
مَسْجِدٍ ، مِثَالُ ذَلِكَ ، مَرِيضٌ وَوَيْبٌ لَهُ ابْنُهُ ، فَقَبِلَهُ وَبَقِيَّتُهُ مَائَةٌ ، ثُمَّ مَاتَ الْمَرِيضُ ،
وَحَلَفَ ابْنًا آخَرَ وَمَائَتَيْنِ ، فَإِنَّهُ يَعْتَقُ ، وَيُقَاسِمُ أَخَاهُ^(١٤) الْمَائَتَيْنِ ، فِي قَوْلِ الْأَكْثَرَيْنِ .
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ ، فِيمَا حَكَى عَنْهُ غَيْرُ الْخَبَرِيِّ ، يَعْتَقُ وَلَا يَرِثُ^(١٥) شَيْئًا . وَعِنْدَ
صَاحِبِنَا أُنَى حَنِيفَةَ ، يَعْتَقُ وَلَهُ نِصْفُ التَّرِكَةِ ، فَيُحْتَسَبُ عَلَيْهِ بِقِيَمَتِهِ وَيَبْقَى لَهُ
خُمْسُونَ . وَإِنْ كَانَ بَاقِي التَّرِكَةِ خَمْسِينَ ، فَعِنْدَنَا يَعْتَقُ ، وَلَهُ نِصْفُ الْخَمْسِينَ . وَهُوَ
قَوْلُ مَالِكٍ . وَعِنْدَ أُنَى حَنِيفَةَ ، يَعْتَقُ نِصْفُهُ ، وَيَسْعَى فِي بَاقِيهِ ، وَالْخُمْسُونَ كُلُّهَا

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢) أخرجه أبو داود ، في : باب في من ملك ذا رحم محرم ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٥١/٢ .
والترمذى ، في : باب ما جاء في من ملك ذا رحم محرم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٢٣/٦ . وابن
ماجه ، في : باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر . من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٣/٢ . والإمام أحمد ،
في : المسند ١٨٤ ، ١٥/٥ .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) في زيادة : في .

(١٥) في م : يورث .

لأخيه . وقال صاحباه : يَعْتِقُ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ . وعند الشافعي* ، في قول غير الخبري* ، يَعْتِقُ نَصْفَهُ ، وَيَرِيقُ نَصْفَهُ ، ونصفه الرقيق والخمسون كلها لأخيه . وإن كان باقى التركة ثلاثمائة ، فعندنا يَعْتِقُ وله مائة وخمسون . وعند الشافعي* ، يَعْتِقُ وَلَا يَرِثُ شَيْئًا . وعند صاحبني أبي حنيفة* ، يَعْتِقُ وله مائة . فإن كان اشترى ابنه بمائة ، ومات ، وخلف ابنا آخر ومائة أخرى ، فعلى الرواية الأولى ، يَعْتِقُ وَيُقَاسِمُ^(١٦) أخاه المائة الباقية . وعلى ما حكاه القاضي ، يَعْتِقُ منه ثلثاه ، وَيَرِثُ أَرْبَعِينَ ، وَيَعْتِقُ باقيه على أخيه ، وَلَا يَرِثُ بذلك الجزء شَيْئًا ؛ لِأَنَّ عَتَقَهُ حَصَلَ بَعْدَ مَوْتِ أَبِيهِ . وعند الشافعي* يَعْتِقُ ثُلُثَاهُ ، وَلَا يَرِثُ . / وقال أبو حنيفة* : يَعْتِقُ ثُلُثَاهُ ، وَيَسْعَى فِي باقيه ، وَلَا يَرِثُ . وعند صاحبيه ، يَعْتِقُ كُلَّهُ ، وَلَا يَرِثُ شَيْئًا ، فَإِنْ كَانَ قَدْ تَصَدَّقَ قَبْلَ ذَلِكَ بِثُلُثِهِ ، أَوْ حَابَى بِهِ ، لَمْ يَعْتِقْ ؛ لِأَنَّ الثُّلُثَ قَدْ ذَهَبَ .

ظ ٥٨/٧

فصل : وَإِنْ مَلَكَ مِنْ وَرَثَتِهِ مَنْ لَا يَعْتِقُ عَلَيْهِ ، كَبَنَى عَمَّهُ ، فَأَعْتَقَهُمْ فِي مَرَضِهِ ، فَعَتَقَهُمْ وَصِيَّةً ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِفَعْلِهِ وَاجْتِيَاؤِهِ ، وَحُكْمُهُمْ فِي الْعَتَقِ حُكْمُ الْأَجَانِبِ ، إِنْ خَرَجُوا مِنَ الثُّلُثِ عَتَقُوا ، وَإِلَّا عَتَقَ مِنْهُمْ بِقَدْرِ الثُّلُثِ . وَيَنْبَغِي أَنْ يَعْتَقُوا وَلَا يَرِثُوا ؛ لِأَنَّهُمْ لَوْ وَرِثُوا لَكَانَتْ وَصِيَّةً لَوَارِثٍ ، فَيَسْطَلُّ عَتَقَهُمْ ، ثُمَّ يَسْطَلُّ مِيرَاثَهُمْ . وقد قال أبو الخطاب ، فِي رَجُلٍ مَلَكَ ابْنُ عَمِّهِ ، فَأَقْرَ فِي مَرَضِهِ أَنَّهُ كَانَ أَعْتَقَهُ فِي صِحَّتِهِ : عَتَقَ ، وَلَمْ يَرِثْ . وهذا في معنى ما ذكرنا ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ لَوَارِثٍ غَيْرُ مَقْبُولٍ ، فَمَنْعَنَا مِيرَاثَهُ لِيُقْبَلَ إِقْرَارُهُ لَهُ بِالْإِعْتِقَاقِ .

فصل : مَرِيضٌ اشْتَرَى أَبَاهُ بِالْفِ ، لَا مَالَ لَهُ سِوَاهُ ، فعلى رواية الخبري^(١٧) ، يَعْتِقُ كُلَّهُ . وعلى القول الآخر يَعْتِقُ ثُلُثَهُ عَلَى^(١٨) الْمُعْتِقِ ، وَيَعْتِقُ باقيه على ابنه . وهذا قول مالك . وقال أبو حنيفة* : يَعْتِقُ ثُلُثَهُ ، وَيَسْعَى لِلْأَبْنِ فِي ثُلُثَيْهِ . وعلى قول

(١٦) في م : : ويقسم .

(١٧) في ا ، م : : الخبر .

(١٨) في م : : وعلى .

صَاحِبِيهِ ، يَعْتِقُ سُدُسُهُ ، وَيَسْعَى فِي خَمْسَةِ أَسْدَاسِهِ . وَقِيلَ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ :
يُفْسَخُ الشَّرَاءُ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْإِنْسَانُ عِنْتَهُ . وَقِيلَ : يَعْتِقُ ثُلُثَهُ . وَيُفْسَخُ الْبَيْعُ فِي ثُلُثَيْهِ .
وإنْ خَلَفَ الْفَقِيهُنَّ سِوَاهُ ، عَتَقَ ، وَوَرِثَ سُدُسَهُمَا . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَفِي
قَوْلِ صَاحِبِيهِ ، يَعْتِقُ نِصْفَهُ ، وَيَسْعَى فِي قِيَمَةِ نِصْفِهِ .

فصل : وَإِذَا وَهَبَ لِإِنْسَانٍ^(١٩) أَبَوْهُ ، أَوْ وَصَّى لَهُ بِهِ ، اسْتَحَبَّ لَهُ أَنْ يَقْبَلَهُ ، وَلَمْ
يَجِبْ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ عَلَيْهِ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِعْتِاقًا لِأَبِيهِ مِنْ
غَيْرِ الزَّامِ^(٢٠) مَالٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ اسْتِجْلَابُ مِلْكٍ^(٢١) الْأَبِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ ، كَمَا لَوْ بُذِلَ لَهُ
بِعَوَضٍ ، أَوْ كَمَا لَوْ بُذِلَ لَهُ ابْنُهُ أَوْ غَيْرُهُ مِنْ أَقَارِبِهِ ، وَلَئِنَّهُ يَلْزَمُهُ ضَرَرٌ بِلُحُوقِ الْمِنَّةِ بِهِ ،
وَتَلْزُمُهُ نَفَقَتُهُ وَكُسُوتُهُ .

فصل : إِذَا وَصَّى لِوَارِثِهِ وَأَجْنَبِيٍّ بِلُثْنِهِ ، فَأَجَازَ سَائِرَ الْوَرَثَةِ وَصِيَّةَ الْوَارِثِ ، فَالْثُلُثُ
بَيْنَهُمَا . وَإِنْ وَصَّى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمُعَيَّنٍ قِيَمَتُهُمَا الثُّلُثُ ، فَأَجَازَ سَائِرَ الْوَرَثَةِ وَصِيَّةَ
الْوَارِثِ ، جَازَتْ الْوَصِيَّةُ^(٢٢) لهُمَا . وَإِنْ رَدُّوا ، بَطَلَتْ وَصِيَّةُ الْوَارِثِ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ ،
وَلِلْأَجْنَبِيِّ السُّدُسُ فِي الْأَوَّلَى ، وَالْمُعَيَّنُ الْمُوصَى لَهُ بِهِ / فِي الثَّانِيَةِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ،
وَالشَّافِعِيِّ وَأَبِي ثَوْرٍ^(٢٣) ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَغَيْرُهُمْ . وَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّتَانِ بِلُثْنَيْ
مَالِهِ ، فَأَجَازَ الْوَرَثَةُ لهُمَا ، جَازَتْ لهُمَا . وَإِنْ عَيَّنَا نَصِيبَ الْوَارِثِ بِالرَّدِّ وَحْدَهُ ،
فَلِلْأَجْنَبِيِّ الثُّلُثُ كَامِلًا ؛ لِأَنَّهُمْ خَصُّوا الْوَارِثَ بِالْإِبْطَالِ ، فَالْثُلُثُ كُلُّهُ لِلْأَجْنَبِيِّ ،
وَسَقَطَتْ وَصِيَّةُ الْوَارِثِ ، فَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يُوصَرْ لَهُ . وَإِنْ أَبْطَلُوا الزَّائِدَ عَنِ الثُّلُثِ مِنْ
غَيْرِ تَعْيِينِ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ، فَالْثُلُثُ الْبَاقِي بَيْنَ الْوَصِيَّيْنِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ .

(١٩) في ١ ، م : « الإنسان » .

(٢٠) في ١ : « إلزام » .

(٢١) في م زيادة : « على » .

(٢٢) في ١ : « الوصيتان » .

(٢٣) سقط من : م .

هذا الذي ذكره القاضي . وهو قول مالك ، والشافعي . وذلك لأن الوارث يُزاحم الأجنبي ، إذا أجاز الوثة الوصيتين ، فيكون لكل واحد منهما الثلث ، فإذا أبطلوا نصفهما بالرد ، كان البطلان راجعاً إليهما ، وما بقي منهما بينهما ، كما لو تَلَف ذلك بغير الرد . واختار أبو الخطاب أن الثلث جميعه للأجنبي . وحكى نحو هذا عن أبي حنيفة ؛ لأنهم لا يقدرون على إبطال الثلث فما دون إذا كان للأجنبي ، ولو جعلنا الوصية بينهما لملكوا إبطال ما زاد على السدس ، فإن صرح الوثة بذلك ، فقالوا : أجزنا الثلث لكما ، وردنا ما زاد عليه في وصيتكما . أو قالوا : ردنا من وصية كل واحد منكما نصفها ، وبقيتنا له نصفها . كان ذلك أكذ في جعل السدس لكل واحد منهما ؛ لتصريحهم به ، وإن قالوا : أجزنا وصية الوارث كلها ، وردنا نصف وصية الأجنبي . فهو على ما قالوا ؛ لأن لهم أن يجيزوا لهما ويردوا^(٢٤) عليهما ، فكان لهم أن يجيزوا لأحدهما ويردوا على الآخر . وإن أجازوا للأجنبي جميع وصيته ، وردوا على الوارث نصف وصيته ، جاز ، كما قلنا . وإن أرادوا أن ينقصوا الأجنبي عن نصف وصيته ، لم يملكوا ذلك ، سواء أجازوا للوارث أو ردوا عليه . فإن ردوا جميع وصية الوارث ، ونصف وصية الأجنبي ، فعلى قول القاضي ، لهم ذلك ؛ لأن لهم أن يجيزوا الثلث لهما ، فيشتركان فيه ، ويكون لكل واحد منهما نصفه ، ثم إذا رجعوا فيما للوارث ، لم يزد الأجنبي على ما كان له في حالة الإجازة للوارث . وعلى قول أبي الخطاب ، يتوفر الثلث كله للأجنبي ؛ لأنه إنما ينتقص^(٢٥) منه بمزاحمة الوارث ، فإذا زالت المزاحمة ، وجب توفير الثلث عليه^(٢٦) ؛ لأنه قد أوصى له به . ولو خلف اثنين ، ووصى لهما بثلثي ماله ، ولأجنبي / بالثلث ، فردا الوصية . فقال أبو الخطاب : عندى للأجنبي الثلث كاملاً . وعند القاضي ، له التسع . ويحيى فيه من الفروع مثل ما ذكرنا في التي قبلها .

٥٩/٧ ط

(٢٤) في ١ : « ولم أن يردوا » .

(٢٥) في ٢ : « ينقص » .

(٢٦) سقط من : ١ ، م .

فصل : وإن وصَّى بِثُلثِهِ لَوَارِثٍ وَأَجْنَبِيٍّ ، وقال : إن رَدُّوا وَصِيَّةَ الْوَارِثِ فَالْثُلُثُ كُلُّهُ لِلْأَجْنَبِيِّ .^(٢٧) فَرَدُّوا وَصِيَّةَ الْوَارِثِ ، فَالْثُلُثُ كُلُّهُ لِلْأَجْنَبِيِّ^(٢٧) ، كما وصَّى . وإن أجازوا لِلْوَارِثِ ، فَالْثُلُثُ بينهما ؛ لأنَّ الْوَصِيَّةَ تَتَعَلَّقُ بِالشَّرْطِ . ولو قال : أَوْصَيْتُ لِفُلَانٍ بِثُلْثِي ، فإن مات قبلي فهو لِفُلَانٍ . صحَّ . وإن قال : وَصَيْتُ بِثُلْثِي لِفُلَانٍ ، فإن قَدِمَ فُلَانٌ الْغَائِبُ فهو له . صحَّ ، فإن قَدِمَ الْغَائِبُ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي ، صارَ هو الْوَصِيُّ ، وَطَلَّتْ وَصِيَّةُ الْأَوَّلِ ، سواءً عادَ إلى الْعَبْدَةِ أو لم يُعَدَّ ؛ لأنَّه قد وَجَدَ شَرْطُ الْوَصِيَّةِ لِلْحَاضِرِ ، فلم يَتَقَيَّلْ عنه بعد ذلك . وإن مات الْمُوصِي قَبْلَ قُدُومِ الْغَائِبِ ، فَالْوَصِيَّةُ لِلْحَاضِرِ ، سواءً قَدِمَ الْغَائِبُ بعد ذلك أو لم يَقْدَمْ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ؛ لأنَّ الْوَصِيَّةَ نَبَتْ لَوْجُودِ شَرْطِهَا ، فلم تُثَقَّلْ عنه ، كما لو لم يَقْدَمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْغَائِبَ إن قَدِمَ بعد الْمَوْتِ ، كانت الْوَصِيَّةُ له ؛ لأنَّه جَعَلَهَا له بِشَرْطِ قُدُومِهِ ، وقد وَجَدَ ذلك .

فصل : وإن وصَّى لَوَارِثٍ^(٢٨) ، فَأَجَازَ بَعْضُ بَاقِي الْوَرَثَةِ الْوَصِيَّةَ دُونَ الْبَعْضِ ، نَفَذَ فِي نَصِيبِ مَنْ أَجَازَ ، دُونَ مَنْ لَمْ يُجَازَ . وإن أجازوا بَعْضَ الْوَصِيَّةِ دُونَ الْبَعْضِ ، نَفَذَتْ فِيمَا أَجَازُوا دُونَ مَا لَمْ يُجَازَ . فإن أجازَ بَعْضُهُمْ بَعْضَ الْوَصِيَّةِ ، وَأَجَازَ بَعْضُهُمْ جَمِيعَهَا ، أَوْ رَدَّهَا ، فهو على ما فَعَلُوا مِنْ ذَلِكَ . فلو خَلَفَ ثَلَاثَةُ بَنِينَ وَعَبْدًا ، لَا يَمْلِكُ غَيْرُهُ ، فَوَصَّى بِهِ لِأَحَدِهِمْ ، أَوْ وَهَبَهُ إِيَّاهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، وَأَجَازَهُ لَهُ أَخَوَاهُ ، فهو له ، وإن أجازَ لَهُ أَحَدُهُمَا وَحْدَهُ ، فله ثَلَاثُهُ ، وإن أجازَ لَهُ نِصْفَ الْعَبْدِ ، فله نِصْفُهُ ، ولهما نِصْفُهُ ، وإن أجازَ أَحَدُهُمَا لَهُ نِصْفَ نَصِيبِهِ ، وَرَدَّ الْآخَرَ ، فله النِّصْفُ كَامِلًا ؛ الْثُلُثُ نَصِيبُهُ ، وَالسُّدُسُ مِنْ نَصِيبِ الْمُجِيزِ ، وإن أَجَازَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَهُ نِصْفَ نَصِيبِهِ ، كَمَلَّ لَهُ الثُّلُثَانِ ، وإن أَجَازَ لَهُ أَحَدُهُمَا نِصْفَ نَصِيبِهِ ، وَالْآخَرَ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ نَصِيبِهِ ، كَمَلَّ لَهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْعَبْدِ . وإن وصَّى بِالْعَبْدِ لِاثْنَيْنِ مِنْهُمَا ، فَلِلثَّالِثِ أَنْ يُجَازَ لهما ، أَوْ يَرُدَّ عَلَيْهِمَا ، أَوْ يُجَازَ لهما بَعْضُ وَصِيَّتِهِمَا ، إن شاءَ / مُتَسَاوِيًا ، وإن شاءَ مُتَفَاضِلًا ،

(٢٧ - ٢٧) سقط من : م .

(٢٨) في ١ : لوارثه .

أَوْ يُرَدُّ عَلَى أَحَدِهِمَا ، وَيُجِيزُ لِلْآخَرِ وَصِيَّتَهُ كُلَّهَا أَوْ بَعْضَهَا ، أَوْ يُجِيزُ لِأَحَدِهِمَا جَمِيعَ وَصِيَّتِهِ ، وَلِلْآخَرِ بَعْضَهَا ، فَكُلُّ ذَلِكَ جَائِزٌ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ ، فَكَيْفَمَا شَاءَ فَعَلَ فِيهِ .

٩٥٦ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى لِغَيْرِ وَارِثٍ بِأَكْثَرِ مِنَ الثُّلُثِ ، فَأَجَازَ ذَلِكَ الْوَرَثَةَ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، جَازَ ، وَإِنْ لَمْ يُجِزُوا ، رُدَّ إِلَى الثُّلُثِ)

وجملة ذلك أن الوصية لغير الوارث تُلزِمُ في الثُّلُثِ من غير إجازة ، وما زاد على الثُّلُثِ يَقِفُ على إجازتهم ، فإن أجازوه جازَ ، وإن رُدَّوه بطلَ . في قول جميع العلماء . والأصل في ذلك قول النبي ﷺ لسعد حين قال : أوصى بمالي كله ؟ قال : « لَا » . قال : فبالثلثين ؟ قال : « لَا » . قال : فبالنصف ؟ قال : « لَا » . قال : فبالثلث ؟ قال : « الثُّلُثُ ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ » ^(١) . وقوله عليه السلام : « إِنْ اللَّهُ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلْثِ أَمْوَالِكُمْ عِنْدَ مَمَاتِكُمْ » ^(٢) . يدلُّ على أنه لا شيء له في الزائد عليه . وحديث عمران بن حصين في المملوكين الذين أعتقهم المريضُ ، ولم يكن له مالٌ سواهم ، فدعا بهم النبي ﷺ ، فجزأهم ثلاثة أجزاء ، وأقرع بينهم ، فأعْتَقَ اثْنَيْنِ ، وَأَرْقَ أَرْبَعَةً ، وقال له قولاً شديداً ^(٣) ، يدلُّ أيضاً على أنه لا يصحُّ تَصَرُّفُهُ فيما عدا الثُّلُثِ ، إذا لم يُجِزِ الْوَرَثَةَ ، وَيَجُوزُ بِإِجَازَتِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ . والقولُ في بطلانِ الْوَصِيَّةِ بِالزَّائِدِ عَنِ الثُّلُثِ ^(٤) ، كالقول في الْوَصِيَّةِ لِلْوَارِثِ ، على ما ذكرنا . وهل إجازَتُهُمْ تَنْفِيذُ أَوْ عَطِيَّةٌ مُبْتَدَأَةٌ ؟ فيه اِخْتِلَافٌ ذَكَرْنَاهُ فِي الْوَصِيَّةِ لِلْوَارِثِ . وَالْخِلَافُ فِيهِ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِهِ ، أَوْ الْعَطِيَّةُ لَهُ ^(٥) ، فِي مَرَضِ الْمَوْتِ الْمَخُوفِ ، صَحِيحَةٌ مَوْقُوفَةٌ عَلَى الْإِجَازَةِ ، أَوْ بَاطِلَةٌ ؟ فَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّهَا صَحِيحَةٌ ، وَأَنَّ الْإِجَازَةَ تَنْفِيذٌ مُجَرَّدٌ ،

(١) تقدم تخريجه في : ٣٧/٦ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٣٩٢ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٣٩٥ .

(٤) في الزيادة : « وَصَحَّتْهَا » .

(٥) سقط من : م .

يَكْفِي فِيهِ قَوْلُ الْمُجِيزِ : أَجَزْتُ ذَلِكَ . أَوْ أَنْفَذْتُهُ . أَوْ نَحَوَهُ مِنَ الْكَلَامِ ، وَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى شُرُوطِ الْهَبَةِ . وَيَنْفَرُّ عَنْ هَذَا الْخِلَافِ أَنَّهُ لَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا لَا مَالَ لَهُ سِوَاهُ فِي مَرَضِهِ ، أَوْ وَصَّى بِإِعْتَاقِهِ ، فَأَعْتَقَهُ بِوَصِيَّتِهِ ، فَقَدْ نَفَذَ الْعِتْقَ فِي ثُلْثِهِ ، وَوَقَفَ عِتْقُ بَاقِيهِ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ ، فَإِنْ أَجَازُوهُ ، عَتَقَ جَمِيعَهُ ، وَاخْتَصَصَ عَصَبَاتُ الْمَيِّتِ بَوَلَايَةِ كُلِّهِ ، إِذَا قُلْنَا بِصِحَّةِ إِعْتَاقِهِ وَوَصِيَّتِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : هِيَ بَاطِلَةٌ ، وَالْإِجَازَةُ عَطِيَّةٌ مُبْتَدَأَةٌ . اخْتَصَصَ عَصَبَاتُ الْمَيِّتِ / بثلث ولأيه ، وَكَانَ ثُلَاثُهُ لَجَمِيعِ الْوَرَثَةِ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدَرِ مِيرَاثِهِمْ ؛ لِأَنَّهُمْ بَاشَرُوهُ بِالْإِعْتَاقِ . وَكَذَلِكَ لَوْ تَبَرَّعَ بِثُلْثِ مَالِهِ فِي مَرَضِهِ ، ثُمَّ أَعْتَقَ ، أَوْ وَصَّى بِالْإِعْتَاقِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَلَوْ أَوْصَى لِابْنِ وَارِثِهِ بَعْدَ تَبَرُّعِهِ بِثُلْثِ مَالِهِ ، أَوْ أَعْطَاهُ عَطِيَّةً فِي مَرَضِهِ ، فَأَجَازَ أَبُوهُ وَصِيَّتَهُ وَعَطِيَّتَهُ ، ثُمَّ أَرَادَ الرُّجُوعَ فِيمَا أَجَازَهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ إِنْ قُلْنَا : هِيَ عَطِيَّةٌ مُبْتَدَأَةٌ . وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهَا إِجَازَةٌ مُجَرَّدَةٌ . وَلَوْ تَزَوَّجَ رَجُلٌ ابْنَةَ عَمِّهِ ، فَأَوْصَتْ لَهُ بِوَصِيَّةٍ أَوْ عَطِيَّةٍ فِي مَرَضٍ مَوْتِهَا ، ثُمَّ مَاتَتْ وَخَلَفْتَهُ وَأَبَاهُ ، فَأَجَازَ أَبُوهُ وَصِيَّتَهُ وَعَطِيَّتَهُ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَلَوْ وَقَفَ فِي مَرَضِهِ عَلَى وَرَثَتِهِ ، فَأَجَازَ الْوَقْفَ ، صَحَّ إِنْ قُلْنَا : إِجَازَتُهُمْ تَنْفِذٌ . وَلَمْ يَصِحَّ إِنْ قُلْنَا : هِيَ عَطِيَّةٌ مُبْتَدَأَةٌ . وَلَئِنْهُمْ يَكُونُونَ وَاقِفِينَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ . وَلَا فَرْقَ فِي الْوَصِيَّةِ بَيْنَ الْمَرَضِ وَالصَّحَّةِ ، وَقَدْ رَوَى حَنْبَلٌ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : إِنْ أَوْصَى فِي الْمَرَضِ فَهُوَ مِنَ الثُّلُثِ ، وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا فَلَهُ أَنْ يُوصِيَ بِمَا شَاءَ . يَعْنِي بِهِ الْعَطِيَّةُ . قَالَ الْقَاضِي . أَمَّا الْوَصِيَّةُ فَإِنَّهَا عَطِيَّةٌ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَلَا يَجُوزُ مِنْهَا إِلَّا الثُّلُثُ عَلَى كُلِّ حَالٍ .

فصل : وَلَا يُعْتَبَرُ الرُّدُّ وَالْإِجَازَةُ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، فَلَوْ أَجَازَ وَقَبْلَ ذَلِكَ ، ثُمَّ رَدُّوا ، أَوْ أَذِنُوا الْمَوْرُوثِينَ فِي حَيَاتِهِ بِالْوَصِيَّةِ بِجَمِيعِ الْمَالِ ، أَوْ بِالْوَصِيَّةِ لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ ، ثُمَّ بَدَأَ لَهُمْ فَرَدُّوا بَعْدَ وَفَاتِهِ ، فَلَهُمُ الرُّدُّ ، سِوَاءَ كَانَتْ الْإِجَازَةُ فِي صِحَّةِ الْمُوصِي أَوْ مَرَضِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ . وَهُوَ قَوْلُ شُرَيْحٍ ، وَطَاوُسٍ ، وَالْحَكَمِ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابِهِ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَحَمَّادٌ

ابن أبى سليمان ، وعبد المليك بن يعلى ، والرهمري ، وربيعة^(٦) ، والأوزاعي ، وابن أبى ليلى : ذلك جائز عليهم ؛ لأن الحق للورثة ، فإذا رَضُوا بِتَرْكِه سَقَطَ حَقُّهُمْ ، كما لو رَضَى الْمُشْتَرَى بِالْعَيْبِ . وقال مالك : إن أذِنَا له في صِحَّتِهِ ، فلهم أن يرجعوا ، وإن كان ذلك في مرضه ، وحين يُحَجَّبُ عن ماله ، فذلك جائز عليهم . ولنا ، أنهم أَسْقَطُوا حُقُوقَهُمْ فيما لم^(٧) يَمْلِكُوهُ ، فلم^(٧) يَلْزَمُهُمْ ، كالمزاة إذا أَسْقَطَتْ صَدَاقَهَا قَبْلَ النِّكَاحِ ، أو أَسْقَطَ الشَّفِيعُ حَقَّهُ من الشُّفْعَةِ قَبْلَ الْبَيْعِ ، ولأنَّهَا حَالَةٌ لَا يَصِحُّ فِيهَا رَدُّهُمْ لِلْوَصِيَّةِ ، فلم يَصِحَّ فيها / إجازَتُهُمْ ، كما قبل الوصية . ٦١/٧ و

فصل : وإذا أوصى بأكثر من الثلث ، فأجاز الوارث الوصية ، وقال^(٨) : إنَّما أَجَزْتُهَا ظَنًّا أَنَّ الْمَالَ قَلِيلٌ ، فبانَ كَثِيرًا . فإن كانت للموصي بَيِّنَةٌ تَشْهَدُ بِاعْتِرَافِهِ بِمَعْرِفَةِ قَدْرِ الْمَالِ ، أو كان المال ظاهرًا لا يخفى عليه ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهُ ، إِلَّا على قول مَنْ قال : الإجازة هبة مُبْتَدَأَةٌ . فله الرجوع فيما يجوز الرجوع في الهبة في مثله . وإن لم تَشْهَدْ بَيِّنَةٌ بِاعْتِرَافِهِ بِذَلِكَ ، فالقول قَوْلُهُ مع يمينه ؛ لأنَّ الإجازة تَنْزَلَتْ مَنْزِلَةَ الْإِبْرَاءِ ، فلا يَصِحُّ في المجهول ، والقول قَوْلُهُ في الجهل به مع يمينه ؛ لأنَّ الأصل عَدَمُ الْعِلْمِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُقْبَلَ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَجَازَ عَقْدًا لَهُ الْخِيَارُ فِي فُسْخِهِ ، فبَطَلَ خِيَارُهُ ، كما لو أَجَازَ الْبَيْعَ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ فِي فُسْخِهِ بِعَيْبٍ أَوْ خِيَارٍ . وإن أوصى بمُعَيَّنٍ ، كعبد أو فرس يزيد على الثلث ، فأجاز الوصية بها^(٩) ، ثم قال : ظَنَنْتُ الْمَالَ كَثِيرًا تَخْرُجُ الْوَصِيَّةُ مِنْ ثُلْثِهِ ، فبانَ قَلِيلًا ، أو ظَهَرَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لم أَعْلَمُهُ . لم تُبْطَلِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ مَعْلُومٌ لَا جَهَالَةَ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ الْفُسْخُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَسْمَحُ بِذَلِكَ ظَنًّا مِنْهُ أَنَّهُ يَقْبَلُ لَهُ مِنَ الْمَالِ مَا يَكْفِيهِ ، فإذا بانَ خِلَافُ ذَلِكَ ، لِحَقِّهِ الضَّرَرُ فِي الْإِجَازَةِ ، فَمَلَكَ الرَّجُوعَ كَالْمَسْأَلَةِ الَّتِي^(١٠) قَبْلَهَا .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

(٨) في ١ : ثم قال .

فصل : ولا تصحُّ الإجازةُ إلا من جائزِ التصرف . فأما الصبيُّ والمجنونُ والمحجورُ عليه لِسْفِهِ ، فلا تصحُّ الإجازةُ منهم ؛ لأنها تُبرِّعُ بالمال ، فلم تصحَّ منهم ، كالهبة . وأما المحجورُ عليه لِفلس ، فإن قلنا : الإجازةُ هبةٌ . لم تصحَّ منه ؛ لأنه ليس له هبةٌ ماله . وإن قلنا : هي تنفيذٌ . صحَّت .

٩٥٧ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى لَهُ ، وَهُوَ فِي الظَّاهِرِ وَارِثٌ ، فَلَمْ يَمُتِ الْمُوصَى حَتَّى صَارَ الْمُوصَى لَهُ غَيْرَ وَارِثٍ ، فَالْوَصِيَّةُ لَهُ ثَابِتَةٌ ؛ لِأَنَّ اغْتِبَارَ الْوَصِيَّةِ بِالْمَوْتِ)

لا نعلمُ خلافاً بين أهل العلم ، في أن اغْتِبَارَ الوَصِيَّةِ بِالْمَوْتِ ، فلو أَوْصَى لِثَلَاثَةِ إِخْوَةٍ لَهُ مُتَّفَقِينَ ، ولا وَلَدَ لَهُ ، وماتَ قَبْلَ أَنْ يُوَلَّدَ لَهُ وَلَدٌ^(١) ، لم تصحَّ الوَصِيَّةُ لغيرِ الأَخِ مِنَ الأبِّ ، إلا بالإجازةِ مِنَ الْوَرَثَةِ . وإن وُلِدَ لَهُ ابْنٌ ، صحَّتِ الوَصِيَّةُ لَهُمْ جَمِيعاً من غيرِ إجازةٍ ، إذا لم تَنْجَازِ الوَصِيَّةُ الثُّلُثَ . وإن وُلِدَتْ لَهُ بِنْتُ ، جازَتْ الوَصِيَّةُ لِأَخِيهِ مِنْ أَبِيهِ وَأَخِيهِ / مِنْ أُمِّهِ ، فيكونُ لهما ثُلُثُ الْمُوصَى بهِ بَيْنَهما نِصْفَيْنِ ، ولا يجوزُ لِلأَخِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ؛ لَأَنَّهُ وَارِثٌ . وبهذا يقول الشافعيُّ ، وأبو ثورٍ ، وابنُ الْمُنْذِرِ ، وأصحابُ الرأى ، وغيرُهم . ولا نعلمُ عن غيرِهم خِلافَهُمْ . ولو أَوْصَى لَهُمْ ، وله ابْنٌ ، فماتَ ابْنُهُ قَبْلَ مَوْتِهِ ، لم تَجْزِ الوَصِيَّةُ لِأَخِيهِ مِنْ أَبِيهِ ، ولا لِأَخِيهِ مِنْ أُمِّهِ ، وجازَتْ لِأَخِيهِ مِنْ أَبِيهِ . فإن ماتَ الأَخُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ قَبْلَ مَوْتِهِ ، لم تَجْزِ^(٢) لِلأَخِ مِنَ الأبِّ أيضاً ؛ لَأَنَّهُ صَارَ وَارِثاً .

فصل : ولو أَوْصَى لِامْرَأَةٍ أجنبيةٍ ، أو أَوْصَتْ لَهُ ، ثم تَزَوَّجَهَا ، لم تَجْزِ وَصِيَّتُهُما

(١) سقط من : ١ .

(٢) في زيادة : « الوصية » .

إلا بالإجازة من الورثة . وإن أوصى أحدهما للآخر ، ثم طلقها ، جازت الوصية ، لأنه صار غير وارث ، إلا أنه إن طلقها في مرض موته ، فقياس المذهب أنها لا تعطى أكثر من ميراثها ؛ لأنه يتهم في أنه طلقها ليوصل إليها ماله بالوصية ، فلم ينفذ لها ذلك ، كما لو طلقها في مرض موته أو أوصى لها بأكثر مما كانت ترث .

فصل : وإن اعتق أمته في صحته ، ثم تزوجها في مرضه ، صحح ، وورثته بغير خلاف نعلمه . وإن اعتقها في مرضه ، ثم تزوجها ، وكانت تخرج من ثلثه ، فنقل المروذي عن أحمد ، أنها تعتق وترث . وهذا اختيار أصحابنا . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنها امرأة نكاحها صحيح ، ولم يوجد في حقها مانع من موانع الإرث ، وهي الرق والقتل واختلاف الدين ، فترث ، كما لو كان / اعتقها في صحته ^(٣) . وقال الشافعي : تعتق ولا ترث ؛ لأنها لو ورثت لكان إعتاقها وصية لوارث ، فيؤدي توريثها إلى إسقاط توريثها ؛ لأن ذلك يقتضي إبطال عتقها ، فيبطل نكاحها ثم يبطل إرثها ، فكان إبطال الإرث وحده وتصحیح العتق والنكاح أولى .

١/٦ و

فصل : وإن اعتق أمة لا يملك غيرها ، ثم تزوجها ، فالنكاح صحيح في الظاهر . فإن مات ، ولم يملك شيئاً آخر ، تبين أن نكاحها باطل ، ويسقط مهرها إن كان لم يدخل بها . وهذا قول أبي حنيفة ، والشافعي . ويعتق منها ثلثها ، ويرق ثلثاها . فإن كان قد دخل بها ومهرها نصف قيمتها ، عتق منها ثلاثة أسباعها ، ويرق أربعة أسباعها . وحساب ذلك أن تقول : عتق منها شيء ، ولها بصداقها نصف شيء ، وللورثة شيان ، فيجمع ذلك فيكون ثلاثة أشياء ونصفاً ، تبسطها فتكون سبعة ، لها منها ثلاثة ، ولهم أربعة ، ولا شيء للميت سواها ، فتجعل لنفسها منها ثلاثة أسباعها يكون خراً والباقي للورثة . وإن أحب الورثة أن يدفعوا إليها حصتها من مهرها ، وهو سبعة ، ويعتق منها سبعة

(٣) في م : صحها . .

وَيَسْتَرِقُوا خَمْسَةَ أَسْبَاعِهَا ، فَلَهُمْ ذَلِكَ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ :
يُحْسَبُ مَهْرُهَا مِنْ قِيمَتِهَا ، وَلَهَا ثُلُثُ الْبَاقِي ، وَتَسْعَى فِيمَا بَقِيَ وَهُوَ ثُلُثُ قِيمَتِهَا . فَإِنْ
كَانَ يَمْلِكُ مَعَ الْجَارِيَةِ قَدْرَ نِصْفِ قِيمَتِهَا ، وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، عَتَقَ مِنْهَا نِصْفُهَا ، وَرَقٌّ
نِصْفُهَا ؛ لِأَنَّ نِصْفَهَا هُوَ ثُلُثُ الْمَالِ ، وَإِنْ دَخَلَ بِهَا ، عَتَقَ مِنْهَا ثَلَاثَةَ أَسْبَاعِهَا ، وَلَهَا ثَلَاثَةُ
أَسْبَاعِ مَهْرِهَا ، وَإِنَّمَا قُلُ الْعِتْقُ فِيهَا لِأَنَّهَا لَمَّا أَخَذَتْ ثَلَاثَةَ أَسْبَاعِ مَهْرِهَا ، نَقَصَ الْمَالُ
بِهِ ، فَيَعْتَقُ مِنْهَا ثُلُثُ الْبَاقِي ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَسْبَاعِهَا . وَحِسَابُهَا أَنْ تَقُولَ : عَتَقَ مِنْهَا شَيْءٌ ،
وَلَهَا بِمَهْرِهَا نِصْفُ شَيْءٍ ، وَلِلْوَرِثَةِ شَيْئَانِ ، يَغْدُلُ ذَلِكَ الْجَارِيَةُ وَنِصْفُ قِيمَتِهَا ،
فَالشَّيْءُ سُبْعَاهَا وَسُبْعَا نِصْفِ قِيمَتِهَا وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَسْبَاعِهِ ، فَهُوَ / الَّذِي عَتَقَ مِنْهَا ، وَتَأْخُذُ
نِصْفَ ذَلِكَ مِنَ الْمَالِ بِمَهْرِهَا ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَسْبَاعِهِ . فَإِنْ كَانَ يَمْلِكُ مَعَهَا مِثْلَ قِيمَتِهَا ،
وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، عَتَقَ ثُلُثَاهَا ، وَرَقٌّ ثُلُثُهَا ، وَبَطَلَ نِكَاحُهَا . وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا عَتَقَ أَرْبَعَةَ
أَسْبَاعِهَا ، وَلَهَا أَرْبَعَةُ أَسْبَاعِ مَهْرِهَا ، وَيَقْبَى لِلْوَرِثَةِ ثَلَاثَةُ أَسْبَاعِهَا وَخَمْسَةُ أَسْبَاعِ
قِيمَتِهَا ، وَذَلِكَ يَغْدُلُ مِثْلَى مَا عَتَقَ مِنْهَا . وَحِسَابُهَا أَنْ تَجْعَلَ السَّبْعَةَ الْأَشْيَاءَ مُعَادِلَةً لَهَا
وَلِقِيمَتِهَا ، فَيَعْتَقُ مِنْهَا بِقَدْرِ سَبْعِي الْجَمِيعِ ، وَهُوَ أَرْبَعَةُ أَسْبَاعِهَا ، وَتَسْتَحِقُّ سَبْعَ
الْجَمِيعِ بِمَهْرِهَا ، وَهُوَ أَرْبَعَةُ أَسْبَاعِ مَهْرِهَا . وَإِنْ كَانَ يَمْلِكُ مَعَهَا مِثْلَى قِيمَتِهَا ،
عَتَقَتْ كُلُّهَا ، وَصَحَّ نِكَاحُهَا ؛ لِأَنَّهَا تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ إِنْ أَسْقَطَتْ مَهْرَهَا ، وَإِنْ أَبَتْ
أَنْ تُسْقِطَهُ ، لَمْ يَنْفَذْ عِتْقُهَا ، وَبَطَلَ ^(٤) نِكَاحُهَا ، فَإِنْ كَانَ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، فَيَنْبَغِي أَنْ
يُقْضَى بِعِتْقِهَا وَنِكَاحِهَا ، وَلَا مَهْرَ لَهَا ؛ لِأَنَّ إِيْجَابَهُ يُفْضِي إِلَى إِسْقَاطِهِ وَإِسْقَاطُ عِتْقِهَا
وَنِكَاحِهَا ، فَإِسْقَاطُهُ وَحْدَهُ أَوْلَى . وَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهَا ، عَمِلْنَا فِيهَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ ،
فَيَعْتَقُ سِتَّةَ أَسْبَاعِهَا ، وَلَهَا سِتَّةُ أَسْبَاعِ مَهْرِهَا ، وَيَبْطُلُ عِتْقُ سَبْعِهَا وَنِكَاحُهَا . وَلَوْ
أَعْتَقَهَا ، وَلَمْ يَتَزَوَّجْهَا ، وَوَطَّئَهَا ، كَانَ الْعَمَلُ فِيهَا فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ كَالْوَتَزْوَجِهَا . وَهَذَا
مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي مِثْلِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَ الْأَخِيرَةِ ، مَا يَقْتَضِي
صِحَّةَ عِتْقِهَا وَنِكَاحِهَا ، مَعَ وُجُوبِ مَهْرِهَا ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي مَنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ أُمَّةً قِيمَتُهَا

١/٦ ظ

(٤) فِي م : « وَيَبْطُلُ » .

مائة، وأصدقها مائتين، لا مال له سواهما، وهما مهر مثلها: يصح العتق والصدّاق والنكاح؛ لأن المائتين صدّاق مثلها، وتزويج المريض بمهر المثل صحيح نافذ. وهذا غير جيّد؛ فإنّ ذلك يُفَضَّى إلى نُفُوزِ العتق في المَرَضِ من جميع المال، ولا أعلّم به قائلًا. ولو أنّه أثلّف المائتين، أو أصدقهما لامرأة أجنبيّة، ومات، ولم يخلف شيئاً، لبطل عتق ثلثي الأمة، فإذا أخذتُهما هي، كان أولى في بطلانه. والصحيح ما ذكرنا إن شاء الله تعالى. وقال أبو حنيفة / فيما إذا ترك مثلي قيمتها، وكان مهرها نصف قيمتها: تُعْطَى مهرها وثلث الباقي، بحسب ذلك من قيمتها، وهو نصفها وثلثها، فيعتق ذلك، وتسعى في سدسها الباقي، ويبتل نكاحها. فأمّا إن خلف أربعة أمثال قيمتها، صحّ عتقها ونكاحها وصدّاقها، في قول الجميع؛ لأنّ ذلك يخرج من الثلث، وتُورث من الباقي في قول أصحابنا، وهو قول أبي حنيفة. وقال الشافعي: لا تُورث. وهو مقتضى قول الخرقي؛ لأنّها لو ورثت لكان عتقها وصية لوارث، واعتبار الوصية بالموت.

٢/٦ و

فصل: ولو أن امرأة مريضة أعتقت عبداً قيمته عشرة، وتزوَّجها بعشرة في ذمته، ثم ماتت، وخلفت مائة. اقتضى قول أصحابنا أن تُضمَّ العشرة التي في ذمته إلى المائة، فيكون ذلك هو التركة، ويَرِث نصف ذلك ويَبْقَى للورثة خمسة وخمسون. وهذا مذهب أبي حنيفة. وقال صاحباه: تُحَسَّبُ عليه قيمته أيضاً، وتُضمَّ إلى التركة، ويَبْقَى للورثة ستون. وقال الشافعي: لا يَرِث شيئاً، وعليه أداء العشرة التي في ذمته؛ لئلا يكون إعتاقه وصية لوارث. وهذا مقتضى قول الخرقي، إن شاء الله تعالى.

فصل: ولو تزوَّج المريض امرأة صدّاق مثلها خمسة، فأصدقها عشرة لا يملك غيرها، ثم مات، وورثته، بطلت المحاباة؛ لأنّها وصية لوارث، ولها صدّاقها ورُبُع الباقي بالميراث. وإن مات قبله، صحّت المحاباة، ويَدْخُلُها الدَّورُ، فنقول: لها مهرها وهو خمسة، وشيء بالمحابة يَبْقَى للورثة الزوج خمسة الأشياء، ثم رجع إليهم

نِصْفُ مَالِهَا ، وَهُوَ دِينَارَانِ وَنِصْفُ ، وَنِصْفُ ^(٥) شَيْءٍ ، صَارَ لَهُمْ سَبْعَةٌ وَنِصْفُ إِلَّا
نِصْفُ شَيْءٍ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، اجْتَبَرُ وَقَابِلُ ، يَتَبَيَّنُ أَنَّ الشَّيْءَ ثَلَاثَةً ، فَيَكُونُ لَوَرَثَتِهَا أَرْبَعَةٌ ،
وَلَوَرَثَتِهِ سِتَّةٌ . وَإِنْ خَلَفَتْ مَعَ ذَلِكَ دِينَارَيْنِ ، عَادَ إِلَى الزَّوْجِ مِنْ مِيرَاثِهَا ثَلَاثَةٌ وَنِصْفُ ^(٦)
شَيْءٍ ، صَارَ ^(٧) لَهُ ثَمَانِيَّةٌ وَنِصْفُ إِلَّا نِصْفُ شَيْءٍ ، / اجْتَبَرُ وَقَابِلُ ، يَخْرُجُ الشَّيْءُ
ثَلَاثَةً وَخُمُسَيْنِ ، فَصَارَ لَوَرَثَتِهِ سِتَّةٌ وَأَرْبَعَةُ أَخْمَاسٍ ، وَلَوَرَثَتِهَا خُمُسَةٌ وَخُمُسٌ .

٢/٦ ظ

فصل : وَإِذَا أَوْصَى بِجَارِيَةٍ لَزَوْجِهَا الْحُرَّ ، فَقَبِلَهَا ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ
لَا يَجْتَمِعُ مَعَ مِلْكِ الْيَمِينِ . وَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْمُوصَى لَهُ إِتْمَانُ مِلْكِهِ بِالْقَبُولِ ، فَحِينَئِذٍ
يَنْفَسِخُ النِّكَاحُ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ إِذَا قَبِلَ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمِلْكَ كَانَ ثَابِتًا مِنْ حِينَ مَوْتِ
الْمُوصَى ، فَتَبَيَّنَ حِينَئِذٍ أَنَّ النِّكَاحَ انْفَسَخَ مِنْ حِينَ مَوْتِ الْمُوصَى ، فَإِنْ أَتَتْ بَوْلِدٍ لَمْ
تَحُلْ مِنْ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ تَكُونَ حَامِلًا بِهِ حِينَ الْوَصِيَّةِ ، وَيُعْلَمُ ذَلِكَ بِأَنْ
تَأْتِيَ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ أَوْصَى ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَكُونُ مُوصَى بِهِ ^(٨) مَعَهَا ؛ لِأَنَّ
لِلْحَمْلِ حُكْمًا ، وَلِهَذَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِهِ وَلَهُ ^(٩) ، وَإِذَا صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ مُنْفَرِدًا ،
صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ مَعَ أُمِّهِ ، فَيَصِيرُ كَالَوْ كَانَ مُنْفَصِلًا فَأَوْصَى بِهِمَا جَمِيعًا . وَفِيهِ وَجْهٌ
آخَرُ ، لَا حُكْمَ لِلْحَمْلِ ، فَلَا يَدْخُلُ فِي الْوَصِيَّةِ ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ ^(٩) لَهُ الْحُكْمُ عِنْدَ
انْفِصَالِهِ ، كَأَنَّهُ حَدَّثَ حِينَئِذٍ . فَعَلَى هَذَا إِنْ انْفَصَلَ فِي حَيَاةِ الْمُوصَى ، فَهُوَ لَهُ ، كَسَائِرِ
كَسْبِهَا ، وَإِنْ انْفَصَلَ بَعْدَ مَوْتِهِ وَقَبِلَ الْقَبُولَ ، فَهُوَ لِلْوَرَثَةِ ، عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ، وَإِنْ
انْفَصَلَ بَعْدَهُ ، فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ . الْحَالُ الثَّانِي ، أَنْ تَحْمِلَ بِهِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ فِي حَيَاةِ
الْمُوصَى ، وَيُعْلَمُ ذَلِكَ بِأَنْ تَضَعَهُ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينَ أَوْصَى ؛ لِأَنَّهَا وَلَدَتْهُ لِمُدَّةِ

(٥) سقط من : م .

(٦) في الزيادة : « وَنِصْفُ » .

(٧) في م : « فَصَارَ » .

(٨) في م : « لَهُ » .

(٩) في ١ ، م : « ثَبِتَ » .

الحَمْلِ بَعْدَ الوَصِيَّةِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهَا حَمَلَتْهُ بَعْدَهَا فَلَمْ يَتَنَوَّلْهُ . وَالْأَصْلُ عَدَمُ الحَمْلِ حَالِ الوَصِيَّةِ ، فَلَا تُقْبَلُ بِالشَّكِّ ، فَيَكُونُ مَمْلُوكًا لِلْمُوصِي إِنْ وَلَدَتْهُ فِي حَيَاتِهِ . وَإِنْ وَلَدَتْهُ بَعْدَهُ ، وَقُلْنَا : لِلْحَمْلِ حُكْمٌ . فَكَذَلِكَ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا حُكْمَ لَهُ . فَهُوَ لِلْوَرَثَةِ إِنْ وَلَدَتْهُ قَبْلَ القَبُولِ ، وَلَا بَيِّنَةٌ إِنْ وَضَعَتْهُ بَعْدَهُ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ كَانَ الْوَلَدُ لِلْمُوصِي لَهُ ، فَإِنَّهُ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ ابْنُهُ ، وَعَلَيْهِ وَلَاءٌ لِأَبِيهِ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَيْهِ بِالْقَرَابَةِ ، وَأُمُّهُ أُمُّهُ يَنْفَسِخُ نِكَاحُهَا بِالْمِلْكِ ، وَلَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ تَعْلُقْ مِنْهُ بِحُرٍّ فِي مِلْكِهِ . الْحَالُ الثَّلَاثُ ، / أَنْ تَحْمِلَ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي قَبْلَ القَبُولِ ، وَيُعْلَمُ ذَلِكَ بِأَنْ تَضَعَهُ لِأَكْثَرِ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينِ المَوْتِ ، فَإِنْ وَضَعَتْهُ قَبْلَ القَبُولِ أَيْضًا ، فَهُوَ لِلْوَارِثِ ، فِي ظَاهِرِ المَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ المِلْكَ إِنَّمَا ثَبَتَ لِلْمُوصِي لَهُ بَعْدَ القَبُولِ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ ، يَكُونُ لِلْمُوصِي لَهُ . وَإِنْ وَضَعَتْهُ بَعْدَ القَبُولِ ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ لِلْحَمْلِ حُكْمًا ، فَيَكُونُ حَادِثًا عَلَى (١٠) مِلْكِ الْوَارِثِ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ ، يَكُونُ لِلْمُوصِي لَهُ ، فَعَلَى هَذَا يَكُونُ حُرًّا أَوْ لَاءً عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أُمُّ وَلَدٍ ، لَكُونِهَا عُلِقَتْ مِنْهُ بِحُرٍّ فِي مِلْكِهِ ، فَيَصِيرُ كَمَا لَوْ حَمَلَتْ بِهِ بَعْدَ القَبُولِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ قَرِيبٌ مِمَّا قُلْنَاهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا وَضَعَتْهُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، دَخَلَ فِي الْوَصِيَّةِ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهُ تَسْتَقِرُّ بِالمَوْتِ وَتَلْزَمُ ، فَوَجَبَ أَنْ تَسْرِيَ إِلَى الْوَلَدِ ، كَالْاِسْتِيلَادِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ حَادِثَةٌ بَعْدَ عَقْدِ الوَصِيَّةِ ، فَلَا تَدْخُلُ فِيهَا ، كَالْكَسْبِ ، وَإِذَا أَوْصَى بِعِتْقٍ جَارِيَةٍ فَوَلَدَتْ . وَتَفَارِقُ الْاِسْتِيلَادَ ؛ لِأَنَّ لَهُ تَغْلِييًا وَسِرَايَةً . وَهَذَا التَّفْرِيعُ فِيمَا إِذَا خَرَجَتْ الْجَارِيَةُ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَإِنْ لَمْ تَخْرُجْ مِنَ الثَّلَاثِ ، مَلَكَ مِنْهَا بِقَدْرِ الثَّلَاثِ ، وَانْفَسَخَ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ بَعْضِهَا يَنْفَسِخُ النِّكَاحُ ، كِمِلْكِ جَمِيعِهَا . وَكُلُّ مَوْضِعٍ يَكُونُ الْوَلَدُ فِيهِ لِأَبِيهِ ، فَإِنَّهُ يَكُونُ لَهُ (١١) مِنْهُ هُنَا بِقَدْرِ مَا مَلَكَ مِنْ أُمِّهِ ، وَيَسْرِي الْعِتْقُ إِلَى بَاقِيهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ،

و ٣/٦

(١٠) فِي م : هـ عَنْ .

(١١) سَقَطَ مِنْ : م .

وإن كان مُعْسِرًا فَقَدْ عَنَقَ مِنْهُ مَا مَلَكَ وَحْدَهُ . وَكُلُّ مُوَضِّعٍ قُلْنَا : تَكُونُ أُمُّ وَلَدٍ . فَإِنَّهَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ هُنَا . سِوَاءَ كَانَ مُوسِرًا أَوْ مُعْسِرًا ، عَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، كَمَا إِذَا اسْتَوَلَدَ الْأُمَّةَ الْمُشْتَرَكَةَ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَصِيرُ مِنْهَا أُمُّ وَلَدٍ بِقَدْرِ مَا مَلَكَ مِنْهَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

٩٥٨ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ مَاتَ الْمُوصِي لَهُ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ)

هَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَبِهِ قَالَ / ٣/٦ ظ
الرُّهْرِيُّ ، وَحَمَّادُ بْنُ أَبِي سَلِيمَانَ ، وَرَبِيعَةُ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ الْحَسَنُ : تَكُونُ لَوَلَدِ الْمُوصِي لَهُ . وَقَالَ عَطَاءٌ : إِذَا عَلِمَ الْمُوصِي بِمَوْتِ الْمُوصَى لَهُ ، وَلَمْ يَحْدُثْ فِيهِمَا أَوْصَى بِهِ شَيْئًا ، فَهُوَ لِوَارِثِ الْمُوصَى لَهُ ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ بَعْدَ^(١) عَقْدِ الْوَصِيَّةِ ، فَيَقُومُ الْوَارِثُ مَقَامَهُ ، كَمَا لَوْ مَاتَ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي وَقَبْلَ الْقَبُولِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا عَطِيَّةٌ صَادَقَتْ الْمُعْطَى مَيِّتًا ، فَلَمْ تَصِحَّ ، كَمَا لَوْ هَبَّ مَيِّتًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ عَطِيَّةٌ بَعْدَ الْمَوْتِ ، وَإِذَا مَاتَ قَبْلَ الْقَبُولِ بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ أَيْضًا . وَإِنْ سَلَّمْنَا صِحَّتَهَا ، فَإِنَّ الْعَطِيَّةَ صَادَقَتْ حَيًّا ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِمَيِّتٍ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ :
إِنْ عَلِمَ أَنَّهُ مَيِّتٌ ، فَهِيَ جَائِزَةٌ ، وَهِيَ لِوَرَثَتِهِ بَعْدَ قَضَاءِ دُيُونِهِ وَتَنْفِيذِ وَصَايَاهُ ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ نَفْعُهُ بِهَا ، وَبِهَذَا يَحْصُلُ لَهُ النَّفْعُ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ كَانَ حَيًّا . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَوْصَى لِمَنْ لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، إِذَا لَمْ يَعْلَمْ حَالَهُ ، فَلَمْ تَصِحَّ إِذَا عَلِمَ حَالَهُ ، كَالْبَهِيمَةِ . وَفَارَقَ الْحَيَّ ؛ فَإِنَّ الْوَصِيَّةَ تَصِحُّ لَهُ فِي الْحَالَيْنِ ، وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إِلَى الْقَبُولِ ، فَلَمْ يَصِحَّ لِلْمَيِّتِ ، كَالْهَبَةِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِذَا أَوْصَى بِثُلَاثِهِ ، أَوْ بِمِائَتَيْ لَافَتَيْنِ حَيًّا وَمَيِّتٍ ، فَلِلْحَيِّ

(١) فِي م : قَبْلَ .

نِصْفُ الْوَصِيَّةِ ، سِوَاءَ عَلِمَ مَوْتَ الْمَيِّتِ أَوْ جِهَلَهُ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَإِسْحَاقَ ، وَابْنِ بَصْرِيٍّ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : إِذَا قَالَ : هَذِهِ الْمَائَةُ لِفُلَانٍ وَفُلَانٍ . فَهِيَ لِلْحَيِّ مِنْهُمَا . وَإِنْ قَالَ : بَيْنَ فُلَانٍ وَفُلَانٍ . فَوَاقَفْنَا الثَّوْرِيَّ فِي أَنْ نِصْفَهَا لِلْحَيِّ . وَعَنِ الشَّافِعِيِّ كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : عِنْدِي أَنَّهُ إِذَا عَلِمَهُ مَيِّتًا ، فَالْجَمِيعُ لِلْحَيِّ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْهُ مَيِّتًا ، فَلِلْحَيِّ النِّصْفُ . وَقَدْ نُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ . فَإِنَّهُ ^(٢) قَالَ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ : إِذَا أَوْصَى لِفُلَانٍ وَفُلَانٍ بِمَائَةٍ ، فَبَانَ أَحَدُهُمَا مَيِّتًا ، فَلِلْحَيِّ خَمْسُونَ . فَقِيلَ لَهُ : أَلَيْسَ إِذَا قَالَ : ثُلُثِي لِفُلَانٍ وَلِلْحَائِطِ ، أَنَّ الثُّلُثَ كُلَّهُ لِفُلَانٍ ؟ فَقَالَ : وَأَيُّ شَيْءٍ يُشَبِّهِ هَذَا ، الْحَائِطُ لَهُ مَلِكٌ ! فَعَلَى هَذَا مَتَى ^(٣) شَرَكَ بَيْنَ مَنْ تَصِحُّ / الْوَصِيَّةُ لَهُ وَمَنْ لَا تَصِحُّ ، مِثْلُ أَنْ يُوصِيَ لِفُلَانٍ أَوْ لِلْمَلِكِ ^(٤) وَلِلْحَائِطِ ، أَوْ لِفُلَانٍ الْمَيِّتِ ، فَالْمُوصَى بِهِ كُلُّهُ لِمَنْ تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا شَرَكَ بَيْنَهُمَا فِي هَذِهِ الْحَالِ ، عَلِمَ أَنَّهُ قَصَدَ بِالْوَصِيَّةِ كُلَّهُمَا مَنْ تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لَهُ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْحَالِ ، فَلَمَنْ تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لَهُ نِصْفُهَا ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ إِيْصَالَ نِصْفِهَا إِلَيْهِ ، وَإِلَى الْآخَرِ النِّصْفَ الْآخَرَ ^(٥) ، ظَنًّا مِنْهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَهُ صَحِيحَةٌ ، فَإِذَا بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ فِي حَقِّ أَحَدِهِمَا ، صَحَّتْ فِي حَقِّ الْآخَرِ بِقِسْطِهِ ، كَتَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ جَعَلَ الْوَصِيَّةَ لِاثْنَيْنِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقِّ أَحَدُهُمَا جَمِيعَهَا ، كَمَا لَوْ كَانَ مَنْ تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لَهُمَا فَمَاتَ أَحَدُهُمَا ، أَوْ كَمَا لَوْ لَمْ يَعْلَمْ الْحَالِ . فَأَمَّا إِنْ وَصَّى لِاثْنَيْنِ حَيَّيْنِ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمَا ، فَلَا تَخْرُجُ نِصْفُ الْوَصِيَّةِ . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَكَذَلِكَ لَوْ بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ فِي حَقِّ أَحَدِهِمَا ؛ لِزَدِّهَا ، أَوْ لِعُزْوِجِهِ عَنْ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِهَا . وَلَوْ قَالَ : أَوْصَيْتُ

٤/٦ و

(٢) سقط من : م .

(٣) في م : « إذا » .

(٤) في م : « وللملك » .

(٥) سقط من : الأصل .

لكل واحد من فلان وفلان ينصف الثلث ، أو ينصف المائة ، أو بخمسين . لم يستحق أحدُهما أكثر من نصف الوصية ، سواء كان شريكه حياً أو ميتاً ؛ لأنه عين وصيته في النصف ، فلم يكن له حق فيما سواه .

٩٥٩ - مسألة ؛ قال : (وإن ردَّ الموصى له الوصية ، بعد موت الموصى ، بطلت الوصية)

لا يخلو^(١) ردُّ الوصية من أربعة أحوال ؛ أحدها ، أن يردها قبل موت الموصى ، فلا يصحُّ الردُّ ههنا ؛ لأنَّ الوصية لم تقع بعد ، فأشبه ردَّ المبيع قبل إيجاب البيع ، ولأنَّه ليس بمحلِّ للقبول ، فلا يكون محلًّا للردِّ ، كما قبل الوصية . والثانية ، أن يردها بعد الموت ، وقبل القبول ، فيصحُّ الردُّ ، وتبطل الوصية . لا نعلم فيه خلافاً^(٢) ؛ لأنَّه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذه ، فأشبه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع . والثالثة ، أن يردها بعد القبول والقبض ، فلا يصحُّ الردُّ ؛ لأنَّ ملكه / قد استقرَّ عليه ، فأشبه رده لسائر ملكه ، إلا أن يرضى الورثة بذلك ، فتكون هبة منه لهم تفتقر إلى شروط الهبة . والرابعة ، أن يردها بعد القبول وقبل القبض ، فينظر ؛ فإن كان الموصى به مكيلاً أو موزوناً ، صحَّ الردُّ ؛ لأنَّه لا يستقرُّ ملكه عليه قبل قبضه ، فأشبه رده قبل القبول ، وإن كان غير ذلك ، لم يصحَّ الردُّ ؛ لأنَّ ملكه^(٣) قد استقرَّ عليه ، فهو كالمقبوض . ويحتمل أن يصحَّ الردُّ ، بناءً على أن القبض معتبر فيه . ولأصحاب الشافعي في هذه الحال وجهان ؛ أحدهما ، يصحُّ الردُّ في الجميع ، ولا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما . وهذا المنصوص عن الشافعي ؛ لأنَّهم لما ملكوا الردَّ من غير قبول ، ملكوا الردَّ من غير قبض ، ولأنَّ ملك الوصى لم يستقرَّ عليه قبل القبض ، فصحَّ رده ، كما قبل القبول . والثاني ، لا يصحُّ الردُّ ؛ لأنَّ الملك يحصل بالقبول من غير قبض .

(١) في م زيادة : « إذا » .

(٢) في الأصل : « اختلافاً » .

(٣) في ١ : « الملك » .

فصل: وكل موضع صحَّ الرَّد فيه ، فإنَّ الوَصِيَّةَ تَبْطُلُ بِالرَّدِّ ، وَتَرْجِعُ إِلَى التَّرِكَةِ ، فَتَكُونُ لِلْوَرَاثِ جَمِيعِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ ثُبُوتُ الْحَقِّ ^(٤) لَهُمْ ، وَإِنَّمَا خَرَجَ بِالْوَصِيَّةِ ، فَإِذَا بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ، رَجَعَ إِلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ ، كَأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَمْ تُوجَدْ . وَلَوْ عَيَّنَ بِالرَّدِّ وَاحِدًا ، وَقَصَدَ تَخْصِيصَهُ بِالْمَزْدُودِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ، وَكَانَ لَجَمِيعِهِمْ ؛ لِأَنَّ رَدَّهُ امْتِنَاعٌ مِنْ تَمْلِكِهِ ، فَيَنْتَقِي عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْ دَفْعَهُ إِلَى أَجْنَبِيٍّ ، فَلَمْ يَمْلِكْ دَفْعَهُ إِلَى وَارِثٍ يَخْصُهُ بِهِ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ امْتَنَعَ الرَّدُّ ^(٥) لِاسْتِقْرَارِ مِلْكِهِ عَلَيْهِ ، فَلَهُ أَنْ يَخْصَّ ^(٦) بِهِ وَاحِدًا مِنَ الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّهُ ابْتِدَاءُ هَبَةٍ ، وَيَمْلِكُ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَى أَجْنَبِيٍّ ، فَمَلَّكَ دَفْعَهُ إِلَى وَارِثٍ . فَلَوْ قَالَ : رَدَدْتُ هَذِهِ الْوَصِيَّةَ لِفُلَانٍ . قِيلَ لَهُ : مَا أَرَدْتَ بِقَوْلِكَ لِفُلَانٍ ؟ فَإِنْ قَالَ ^(٧) : أَرَدْتُ تَمْلِيكَهَ إِيَّاهَا ، وَتَخْصِيصَهُ بِهَا . فَقَبِلَهَا ، اخْتَصَّ بِهَا ، وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ رَدَّهَا إِلَى جَمِيعِهِمْ ، لِيَرْضَى فُلَانٌ . عَادَتْ إِلَى جَمِيعِهِمْ إِذَا قَبِلُوهَا ، فَإِنْ قَبِلَهَا بَعْضُهُمْ دُونَ بَعْضٍ ، فَلَمَنْ قَبِلَ حِصَّتَهُ مِنْهَا .

فصل: وَيَخْصُلُ الرَّدُّ بِقَوْلِهِ : رَدَدْتُ الْوَصِيَّةَ . وَقَوْلُهُ : لَا أَقْبِلُهَا . وَمَا أَدَّى هَذَا الْمَعْنَى . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا أَوْصَى ^(٨) لِرَجُلٍ بِالْفِ ، فَقَالَ : لَا أَقْبِلُهَا . فَهِيَ لَوَرَّثِهِ . يَعْنِي لَوَرَّثَةِ الْمُوصِي .

٩٦٠ - مسألة ؛ قَالَ : (فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَقْبَلَ أَوْ يَرُدَّ ، قَامَ وَارِثُهُ فِي ذَلِكَ مَقَامَهُ ، إِذَا كَانَ مَوْتُهُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي)

اِخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيمَا إِذَا مَاتَ الْمُوصِي لَهُ قَبْلَ الْقَبُولِ وَالرَّدِّ ، بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ،

(٤) فِي م : « الْحَكَم » .

(٥) فِي م زِيَادَةٌ : « فِيهِ » .

(٦) فِي م : « يَخْتَصُّ » .

(٧) سَقَطَ مِنْ م .

(٨) فِي م : « قَالَ أَوْصَيْتَ » .

فذهب الخِرْقِيُّ إلى أن وارثه يقوم مقامه في القبول والرد ؛ لأنه حتى ثبت (للموروث فَبَتَ للوارث^(١) بعد موته ، لقوله عليه السلام : « مَنْ تَرَكَ حَقًّا^(٢) فَلِوَرَثَتِهِ^(٣) . وكخيار الرد بالعيب ، وذهب أبو عبد الله ابن حامد إلى أن الوصية تبطل ؛ لأنه عقد يفتقر إلى القبول ، فإذا مات من له القبول قبله ، بطل العقد ، كالهبة . قال القاضي : هو قياس المذهب ؛ لأنه خيار لا يعتاض عنه ، فبطل بالموت ، كخيار المجلس والشرط وخيار الأخذ بالشفعة . وقال أصحاب الرأي : تلزم الوصية في حق الوارث ، وتدخل في ملكه حكماً بغير قبول ؛ لأن الوصية قد لزمت من جهة الموصي ، وإنما الخيار للموصى له ، فإذا مات ، بطل خياره ، ودخل في ملكه ، كما لو اشترى شيئاً على أن الخيار له ، فمات قبل انقضاءه . ولنا ، على أن الوصية لا تبطل بموت الموصى له ، أنها عقد لازم من أحد الطرفين ، فلم تبطل بموت من له الخيار ، كعقد الرهن والبيع إذا شرط فيه الخيار لأحدهما ، ولأنه عقد لا يبطل بموت الموجب له^(٤) ، فلا يبطل بموت الآخر ، كالذي ذكرنا . ويفارق الهبة والبيع قبل القبول ، من الوجهين اللذين ذكرناهما ، وهو أنه جائز من الطرفين ، ويبطل بموت الموجب له ، ولا يصح قياسه على الخيارات ؛ لأنه لم يبطل الخيار ، ويلزم العقد ، فتظيره في مسألتنا قول أصحاب الرأي . ولنا ، على إبطال / قولهم أنه عقد يفتقر إلى قبول المتملك ، فلم يلزم قبل القبول ، كالبيع والهبة . إذا ثبت هذا ، فإن الوارث يقوم مقام الموصى له في القبول والرد ؛ لأن كل حق مات عنه المستحق فلم يبطل بالموت ، قام الوارث فيه مقامه . فعلى هذا ، إن رد الوارث الوصية بطلت ، وإن قبلها صححت ، (وثبت الملك بها^(٥) .

٥/٦ ظ

(١ - ١) في م : « للمورث فَبَتَ للموروث » .

(٢) في ا ، م : « حقه » .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٢ .

(٤) سقط من : ا ، م .

(٥ - ٥) في ا : « وثبت له الملك فيها » .

وإن كان الوارث جماعةً ، اغتبر القبول أو الرد من جميعهم ، فإن رد بعضهم وقيل بعض ، ثبت للقبائل حصته ، وبطلت الوصية في حق من رد . فإن كان فيهم من ليس من أهل التصرف ، قام وليه مقامه في القبول والرد ، وليس له أن يفعل إلا ما للمولى عليه الحظ فيه ، فإن فعل غيره لم يصح ، فإذا كان الحظ في قبولها فردّها ، لم يصح رده ، وكان له قبولها بعد ذلك . وإن كان الحظ في ردّها فقبلها ، لم يصح قبوله ؛ لأنّ الولي لا يملك التصرف في حق المولى عليه بغير ما له الحظ فيه . فلو أوصى لصبي يذرى رحم له يعتق بملكه له ، وكان على الصبي ضرر في ذلك ، بأن تلزمه نفقة الموصى به ، لكونه فقيراً لا كسب له ، والمولى عليه مؤسّر ، لم يكن له قبول الوصية ، وإن لم يكن عليه ضرر لكون الموصى به ذا كسب ، أو كون المولى عليه فقيراً لا تلزمه نفقته ، تعين قبول الوصية ؛ لأنّ في ذلك نفعاً للمولى عليه ، لعنت قرابته ، وتحريره ، من غير ضرر يعود عليه ، فتعين ذلك . والله أعلم .

فصل : ولا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول ، في قول جمهور الفقهاء ، إذا كانت لمعين يمكن القبول منه ؛ لأنها تمليك مال لمن هو من أهل الملك متعين ، فاعتبر قبوله ، كالهبة والبيع . قال أحمد : الهبة والوصية واحد ، فأما إن كانت لغير معين ، كالفقراء والمساكين ومن لا يمكن^(٦) حصرهم ، كبنى هاشم وتميم ، أو على مصلحة كمسجد أو حج ، لم يفتقر إلى قبول ، ولزمت بمجرد الموت ؛ لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر ، فيسقط اعتباره ، كالوقف عليهم ، ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله ، ولذلك لو كان فيهم ذو رحم من الموصى به ، مثل أن يوصى بعبد للفقراء وأبوه فقير ، لم يعتق عليه . ولأن الملك لا يثبت للموصى لهم ، بدليل ما ذكرنا من المسألة ، وإنما ثبت لكل واحد منهم بالقبض ، فيقوم قبضه مقام قبوله . أمّا الآدمي المعين ، فيثبت له الملك ، فيعتبر قبوله ، لكن لا يتعين القبول باللفظ ، بل يجزى

٦/٦ و

(٦) في م : « يملك » .

ما قام مقامه من الأخذ والفعل الدال على الرضى ، كقولنا في الهبة والبيع . ويجوز القبول على الفور والتراخي . ولا يكون إلا بعد موت الموصى ؛ لأنه قبل ذلك لم يثبت له حق ، ولذلك لم يصح رده . فإذا قبل ، ثبت الملك له من ^(٧) حين القبول ، في الصحيح من المذهب . وهو قول مالك ، وأهل العراق . وروى عن الشافعي . وذكر أبو الخطاب في المسألة وجها آخر ، أنه إذا قبل ، تبين أن الملك ثبت ^(٨) حين موت الموصى . وهو ظاهر مذهب الشافعي ؛ لأن ما وجب انتقاله بالقبول ، وجب انتقاله من جهة الموجب عند الإيجاب ، كالهبة والبيع ، ولأنه لا يجوز أن يثبت الملك فيه للوارث ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ ^(٩) . ولأن الإرث بعد الوصية ، ولا ينقي للميت ؛ لأنه صار جمادا لا يملك شيئا . وللشافعي قول ثالث غير مشهور ، أن الوصية تملك بالموت ، ويحكم بذلك قبل القبول ؛ لما ذكرنا . ولنا ، أنه تملك ^(١٠) عين لمعين يفتقر إلى القبول ، فلم يسبق الملك القبول ، كسائر العقود ، ولأن القبول من تمام السبب ، والحكم لا يتقدم سببه ، ولأن القبول لا يخلو من أن يكون شرطا أو جزءا من السبب ، والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه ، ولأن الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل . فإن قيل : فلو قال لامرأته : أنت طالق قبل موتي بشهر . ثم مات ، تبين وقوع الطلاق قبل موته بشهر . قلنا : ليس هذا شرطا في وقوع الطلاق ، وإنما تبين به الوقت الذي يقع فيه الطلاق . ولو قال : إذا مت فأنك طالق قبله بشهر . لم يصح . وأما انتقاله من جهة الموجب في سائر العقود ، فإنه لا ينتقل إلا بعد القبول ، فهو كمسألتنا ، غير أن ما بين الإيجاب والقبول ثم يسير ،

(٧) سقط من : الأصل ، ١ .

(٨) في م : « يثبت » .

(٩) سورة النساء ١١ .

(١٠) في م : « تملك » .

لا يَظْهَرُ له أثرٌ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . قَوْلُهُمْ : إِنَّ الْمَلِكَ لَا يَثْبُتُ لِلوَارِثِ . مَمْنُوعٌ ؛ فَإِنَّ الْمَلِكَ يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَارِثِ بِحُكْمِ الْأَصْلِ ، إِلَّا أَنْ يَمْنَعَ مِنْهُ مَانِعٌ . وَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنِ ﴾ . قُلْنَا : الْمُرَادُ بِهِ وَصِيَّةٌ مَقْبُولَةٌ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَقْبَلْ لَكَانَ مِلْكًا لِلوَارِثِ ، وَقَبْلَ قَبُولِهَا فَلَيْسَتْ مَقْبُولَةً . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ : ﴿ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ ﴾ ^(١١) . أَيْ لَكُمْ ذَلِكَ مُسْتَقَرٌّ . فَلَا يَمْنَعُ هَذَا ثُبُوتَ الْمَلِكِ غَيْرَ مُسْتَقَرٍّ ، وَلِهَذَا لَا يَمْنَعُ الدَّيْنُ ثُبُوتَ الْمَلِكِ فِي التَّرَكَةِ ، وَهُوَ آكَدُ مِنَ الْوَصِيَّةِ . وَإِنْ سَلَّمْنَا أَنَّ الْمَلِكَ لَا يَثْبُتُ لِلوَارِثِ ، فَإِنَّهُ يَبْقَى مِلْكًا لِلْمَيِّتِ ، كَمَا إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ . وَقَوْلُهُمْ : لَا يَبْقَى لَهُ مِلْكٌ . مَمْنُوعٌ ؛ فَإِنَّهُ يَبْقَى مِلْكُهُ فِيمَا يَخْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْ مُؤْنَةٍ تَجْهِيْزِهِ وَدَفْنِهِ ، وَقَضَاءِ دُيُونِهِ . وَيَجُوزُ أَنْ يَتَجَدَّدَ لَهُ مِلْكٌ فِي دَيْنِهِ ^(١٢) إِذَا قَبِلَ ، وَفِيمَا إِذَا نَصَبَ شَبَكَةً فَوَقَعَ فِيهَا صَيْدٌ بَعْدَ مَوْتِهِ ، بِحَيْثُ تُقْضَى دُيُونُهُ ، وَتُنْفَذُ وَصَايَاهُ ، وَيُجْهَزُ إِنْ كَانَ قَبْلَ تَجْهِيْزِهِ ، فَهَذَا يَبْقَى عَلَى مِلْكِهِ ، لِتَعَدُّرِ انْتِقَالِهِ إِلَى الْوَارِثِ مِنْ أَجْلِ الْوَصِيَّةِ ، وَامْتِنَاعِ انْتِقَالِهِ إِلَى الْوَصِيِّ قَبْلَ تَمَامِ السَّبَبِ ، فَإِنْ رَدَّ الْمُوصَى لَهُ ، أَوْ قَبْلَ انْتِقَالِ حَيْثُ . فَإِنْ قُلْنَا بِالْأَوَّلِ ، وَأَنَّهُ يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَارِثِ ، فَإِنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ ^(١٣) الْمَلِكُ عَلَى وَجْهِ لَا يُفِيدُ إِبَاحَةَ التَّصَرُّفِ ، كَثْبُوتِهِ فِي الْعَيْنِ الْمَرْهُونَةِ ، فَلَوْ بَاعَ الْمُوصَى بِهِ ، أَوْ رَهَنَهُ ، أَوْ أَعْتَقَهُ ، أَوْ تَصَرَّفَ بِغَيْرِ ذَلِكَ ، لَمْ يَنْفَذْ شَيْءٌ مِنْ تَصَرُّفَاتِهِ . وَلَوْ كَانَ الْوَارِثُ ابْنًا لِلْمُوصَى بِهِ ، مِثْلَ أَنْ تَمْلِكَ امْرَأَةً زَوْجَهَا الَّذِي لَهَا مِنْهُ ابْنٌ ، فَتُوصَى بِهِ لِأَجْنَبِيٍّ ، فَإِذَا مَاتَتْ انْتَقَلَ الْمَلِكُ فِيهِ إِلَى ابْنِهِ إِلَى حِينِ الْقَبُولِ ، وَلَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : فِيمَا يَخْتَلِفُ مِنَ الْفُرُوعِ بِاخْتِلَافِ الْمَذْهَبَيْنِ ، مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا حَدَّثَ لِلْمُوصَى بِهِ / نَمَاءً مُنْفَصِلًا بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصَى ، وَقَبْلَ الْقَبُولِ ، كَالثَّمَرَةِ وَالتَّنَاجِرِ

و ٧/٦

(١١) سورة النساء ١١ .

(١٢) فِي م : « دِيُونُهُ » .

(١٣) سَقَطَ مِنْ : ١ .

والكسب ، فهو للورثة . وعلى الوجه الآخر ، يكون للموصى له . ولو أوصى بأمة لزوجها ، فأولدها بعد موت الموصى ، وقبل القبول^(١٤) ، فولده رقيق للوارث . وعلى الوجه الآخر ، يكون حر الأصل ، ولا ولأه عليه ، وأمه أم ولد ؛ لأنها علفت منه بحر في ملكه . وإن مات الموصى له قبل القبول والرد ، فلوارثه قبولها ، فإن قبلها ، ملك الجارية وولدها ، وإن كان ممن يعتق الولد عليه عتق ، ولم يرث من ابنه شيئاً . وعلى الوجه الآخر ، تكون الجارية أم ولد ، ويرث الولد أباه ، فإن كان يحجب الوارث القابل حجه . وقال أكثر أصحاب الشافعي : لا يرث الولد ههنا شيئاً ؛ لأن تورثه يمنع قول القابل وارثاً ، فيبطل قبوله ، فيفضي إلى الدور ، وإلى إبطال ميراثه ، فأشبهه ما لو أقر الوارث بمن يحجبه عن الميراث . وقد ذكرنا في الإقرار ما يذفع هذا ، وأن المقر به يرث ، فكذا ههنا . ويعتبر قبول من هو وارث في حال اعتبار القبول ، كما يعتبر في الإقرار إقرار من هو وارث حال الإقرار . والله أعلم . ومن ذلك ، لو أوصى لرجل بأبيه ، فمات الموصى له قبل القبول ، فقبل ابنه ، صح ، وعتق عليه الجد ، ولم يرث من ابنه شيئاً ؛ لأن حرثته إنما حدثت حين القبول بعد أن صار الميراث لغيره . وعلى الوجه الآخر ، ثبتت حرثته من حين موت الموصى ، فيرث من ابنه السدس . وقال بعض أصحاب الشافعي : لا يرث أيضاً ؛ لأنه لو ورث لاعتبر قبوله ، ولا يجوز اعتبار قبوله قبل الحكم بحرثته ، وإذا لم يحز اعتباره ، لم يعتق ، فيؤدي تورثه إلى إبطال تورثه . وهذا فاسد ؛ فإنه لو أقر جميع الورثة بمشارك لهم في الميراث ، ثبت نسبه وورث ، مع أنه يخرج المقرن به عن كونهم جميع الورثة . ومن ذلك ، أنه لو مات الموصى له ، فقبل وارثه ، لثبت الملك للوارث القابل ابتداءً من جهة / الموصى ، لا من جهة موروثه ، ولم يثبت للموصى له شيء ، فحينئذ لا تفضى ذبونه ، ولا تنفذ وصاياه ، ولا يعتق من يعتق عليه ، وإن كان فيهم من يعتق على الوارث ، عتق عليه ، وكان ولاؤه له دون الموصى له . وعلى الوجه الآخر ، يتبين أن الملك كان ثابتاً

٧/٦ ظ

(١٤) في الأصل ، ١ : قولها .

لِلْمُوصَى لَهُ ، وَأَنَّهُ انْتَقَلَ مِنْهُ إِلَى وَارِثِهِ ، فَتَنَعَّكَسَ هَذِهِ الْأَحْكَامُ ، فَتُقْضَى دُيُونُهُ ، وَتُنْفَذَ وَصَايَاهُ ، وَيُعْتَقَ مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَلَهُ وَلَاؤُهُ ، يَخْتَصُّ بِهِ الذُّكُورُ مِنْ وَرَثَتِهِ . وَمِنْ ذَلِكَ ، أَنَّ الْمُوصَى بِهِ لَوْ كَانَ أُمَةً ، فَوَطَّعَهَا الْوَارِثُ ، فَأَوْلَدَهَا ، صَارَتْ أُمٌ وَلَدُهَا ، وَوَلَدُهَا حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ وَطَّعَهَا فِي مِلْكِهِ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا لِلْمُوصَى لَهُ إِذَا قَبِلَهَا . فَإِنْ قِيلَ : فَكَيْفَ قَضَيْتُمْ بَعْتَهَا هُنَا ، وَهِيَ لَا تَعْتَقُ بِإِعْتَاقِهَا ؟ قُلْنَا : الْأَسْتِيلَادُ أَقْوَى ، وَلِذَلِكَ يَصِحُّ مِنَ الْمَجْنُونِ ، وَالرَّاهِنِ ، وَالْأَبِ ، وَالشَّرِيكِ الْمُعْسِرِ ، وَإِنْ لَمْ يَنْفَذْ إِعْتَاقَهُمْ ^(١٥) . وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ ، يَكُونُ وَلَدُهُ ^(١٦) رَقِيقًا ، وَالْأُمَةُ بَاقِيَةً عَلَى الرِّقِّ . وَإِنْ وَطَّعَهَا الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ قَبُولِهَا ، كَانَ ذَلِكَ قَبُولًا لَهَا ، وَثَبَّتَ الْمِلْكُ لَهُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي الْمِلْكِ ، فَأَقْدَامُهُ عَلَيْهِ دَلِيلٌ عَلَى اخْتِيَارِهِ الْمِلْكَ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَطَّيَ مَنْ لَهُ الرَّجْعَةُ الرَّجْعِيَّةُ ، أَوْ وَطَّيَ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ فِي الْبَيْعِ الْأُمَةَ الْمَبِيعَةَ ، أَوْ وَطَّيَ مَنْ لَهُ خِيَارُ فسخِ النِّكَاحِ امْرَأَتَهُ .

فصل : وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ مُطْلَقَةً وَمُقَيَّدَةً ، فَالْمُطْلَقَةُ أَنْ يَقُولَ : إِنْ مِتُّ فَتُلْئِي لِلْمَسَاكِينِ ، أَوْ لِرَزِيدٍ . وَالْمُقَيَّدَةُ أَنْ يَقُولَ : إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا ، أَوْ فِي هَذِهِ الْبَلَدَةِ ، أَوْ فِي سَفَرِي هَذَا ، فَتُلْئِي لِلْمَسَاكِينِ . فَإِنْ بَرَأَ مِنْ مَرَضِهِ ، أَوْ قَدِمَ مِنْ سَفَرِهِ ، أَوْ خَرَجَ مِنَ الْبَلَدَةِ ، ثُمَّ مَاتَ ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ الْمُقَيَّدَةُ ، وَبَقِيَتِ الْمُطْلَقَةُ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ وَصَّى وَصِيَّةً إِنْ مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ هَذَا أَوْ مِنْ سَفَرِهِ هَذَا ، وَلَمْ يُعَيِّرْ وَصِيَّتَهُ ، ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ ذَلِكَ : فَلَيْسَ لَهُ وَصِيَّةٌ . وَبِهَذَا قَالَ الْحَسَنُ ، وَالتَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ قَالَ قَوْلًا / ، وَلَمْ يَكْتُبْ كِتَابًا ، فَهُوَ كَذَلِكَ ، وَإِنْ كَتَبَ كِتَابًا ، ثُمَّ صَحَّ مِنْ مَرَضِهِ ، وَأَقْرَأَ الْكِتَابَ ، فَوَصِيَّتُهُ بِحَالِهَا ، مَا لَمْ يَنْقُضْهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا وَصِيَّةٌ بِشَرْطٍ لَمْ يُوجَدْ شَرْطُهَا ، فَبَطَلَتْ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكْتُبْ كِتَابًا ، أَوْ كَمَا لَوْ وَصَّى لِقَوْمٍ فَمَاتُوا قَبْلَهُ ، وَلِأَنَّهُ قَيَّدَ وَصِيَّتَهُ بِقَيْدٍ ، فَلَا يَتَعَدَّاهُ ، كَمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ قَالَ لِأَحَدٍ

٨/٦ و

(١٥) فِي ١ : « عَتَقَهُمْ » .

(١٦) فِي ١ : « الْوَلَدُ » .

عَبْدِيهِ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي . وَقَالَ لِلْآخَرِ : أَنْتَ حُرٌّ ^(١٧) إِنْ مِتُّ مِنْ ^(١٨) مَرَضِي هَذَا . فَمَاتَ مِنْ ^(١٨) مَرَضِهِ ، فَالْعَبْدَانِ سَوَاءٌ فِي التَّدْبِيرِ . وَإِنْ بَرَأَ مِنْ مَرَضِهِ ذَلِكَ ، بَطَلَ تَدْبِيرُ الْمُقَيَّدِ ، وَبَقِيَ تَدْبِيرُ الْمُطْلَقِ بِحَالِهِ . وَلَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِثُلَاثِهِ ، وَقَالَ : إِنْ مِتَّ قَبْلِي فَهُوَ لِعَمْرُو . صَحَّتْ وَصِيَّتُهُ عَلَى حَسَبِ مَا شَرَطَهُ لَهُ ^(١٩) . وَكَذَلِكَ فِي سَائِرِ الشُّرُوطِ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » ^(٢٠) .

٩٦١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَى لَهُ ^(١) بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ ، أُعْطِيَ السُّدُسَ ، وَعَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى ، يُعْطَى سَهْمًا مِمَّا تَصِحُّ مِنْهُ الْفَرِيضَةُ) اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِيمَا ^(٢) لَوْ أَوْصَى بِسَهْمٍ ، فَرَوَى عَنْهُ ، أَنَّ لِلْمُوصَى لَهُ السُّدُسَ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَإِبَاسُ بْنُ مُعَاوِيَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، أَنَّهُ يُعْطَى سَهْمًا مِمَّا تَصِحُّ مِنْهُ الْفَرِيضَةُ ، فَيُنْظَرُ ؛ كَمْ سَهْمًا صَحَّتْ مِنْهُ الْفَرِيضَةُ ، فَيَزَادُ عَلَيْهَا مِثْلُ سَهْمٍ مِنْ سِهَامِهَا لِلْمُوصَى لَهُ . وَهَذَا قَوْلُ شُرَيْحٍ قَالَ : تَرْفَعُ السَّهَامُ ، فَيَكُونُ لِلْمُوصَى لَهُ سَهْمٌ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى السُّدُسِ ، فَإِنْ زَادَ السَّهْمُ عَلَى السُّدُسِ ، فَلَهُ السُّدُسُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَحَقِّقٌ . وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ قَوْلَهُ : سَهْمًا . يَنْبَغِي أَنْ يَنْصَرِفَ إِلَى سِهَامِ فَرِيضَتِهِ ؛ لِأَنَّ وَصِيَّتَهُ مِنْهَا ، فَيَنْصَرِفُ السَّهْمُ إِلَيْهَا ، فَكَانَ وَاحِدًا مِنْ سِهَامِهَا ، كَمَا لَوْ قَالَ : فَرِيضَتِي كَذَا وَكَذَا سَهْمًا ، لَكَ مِنْهَا سَهْمٌ . وَقَالَ الْحَلَالُ وَصَاحِبُهُ : لَهُ ^(٣) أَقْلُ سَهْمٍ ^(٤) مِنْ سِهَامِ الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ وَالْأَثَرِمِ : إِذَا أَوْصَى

(١٧) سقط من : م .

(١٨) في الأصل : « في » .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) تقدم تخريجه في : ٣٠/٦ .

(١) سقط من : الأصل ، ا .

(٢) في الأصل : « في من » .

(٣) سقط من : م .

(٤) في ا ، م : « سهما » .

/ له^(٥) بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ ، يُعْطَى^(٦) سَهْمًا مِنَ الْفَرِضَةِ . قيل له : نَصِيبَ رَجُلٍ ، أَوْ نَصِيبَ امْرَأَةٍ ؟ قال : أَقَلُّ مَا يَكُونُ مِنَ السَّهْمِ . قال القاضي : ما لم يَزِدْ عَلَى السُّدُسِ . وهذا قولٌ أُنِ حَنِيفَةٌ . وقال صاحِبَاهُ : إِلَّا أَنْ يَزِيدَ عَلَى الثُّلُثِ ، فَيَكُونُ لَهُ الثُّلُثُ . وَوَجْهُ هَذَا الْقَوْلِ ، أَنَّ سِهَامَ الْوَرَثَةِ أَنْصِبَاؤُهُمْ ، فَيَكُونُ لَهُ أَقْلُهَا ؛ لِأَنَّهُ الْيَقِينُ ، فَإِنْ زَادَ عَلَى السُّدُسِ دُفِعَ إِلَيْهِ السُّدُسُ ؛ لِأَنَّهُ أَقَلُّ سَهْمٍ يَرِثُهُ ذُو قَرَابَةٍ ، وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : يُعْطَى سَهْمًا مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ؛ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ أَصُولِ الْفَرَائِضِ ، فَالسَّهْمُ مِنْهَا أَقَلُّ السَّهَامِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : يُعْطِيهِ الْوَرَثَةُ مَا شَاءُوا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ السَّهْمِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَوْصَى لَهُ بِجُزْءٍ أَوْ حَظٍّ . وَقَالَ عَطَاءٌ ، وَعِكْرِمَةُ : لَا شَيْءَ لَهُ . وَلَنَا ، مَا رَوَى ابْنُ مَسْعُودٍ ، أَنَّ رَجُلًا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِسَهْمٍ مِنَ الْمَالِ ، فَأَعْطَاهُ النَّبِيُّ ﷺ السُّدُسَ^(٧) . وَلِأَنَّ السَّهْمَ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ السُّدُسُ ، قَالَ إِبْرَاهِيمُ بْنُ مُعَاوِيَةَ : السَّهْمُ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ السُّدُسُ . فَتَنْصَرِفُ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ لَفِظَ بِهِ . وَلِأَنَّهُ قَوْلٌ عَلَى وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَلَا مُخَالَفَ لَهَا فِي الصَّحَابَةِ ، وَلِأَنَّ السُّدُسَ أَقَلُّ سَهْمٍ مَفْرُوضٍ يَرِثُهُ ذُو قَرَابَةٍ ، فَتَنْصَرِفُ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ السُّدُسَ الَّذِي يَسْتَحِقُّهُ الْمُوصَى لَهُ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ سُدُسٍ مَفْرُوضٍ . فَإِنْ كَانَتِ الْمَسْأَلَةُ كَامِلَةً الْفُرُوضِ ، أُعِيلَتْ بِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ عَائِلَةً ، زَادَ عَوْلُهَا بِهِ . وَإِنْ كَانَ فِيهَا رَدٌّ أَوْ كَانُوا عَصَبَةً ، أُعْطِيَ سُدُسًا كَامِلًا . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، وَخَرَّبَ : إِذَا أَوْصَى الرَّجُلُ بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ ، يُعْطَى السُّدُسَ ، إِلَّا أَنْ تَعُولَ الْفَرِضَةُ ، فَيُعْطَى سَهْمًا مَعَ الْعَوْلِ . فَكَأَنَّ مَعْنَى الْوَصِيَّةِ ، أَوْصَيْتُ لَكَ بِسَهْمٍ مِنْ يَرِثُ السُّدُسَ . فَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِسَهْمٍ فِي مَسْأَلَةٍ فِيهَا زَوْجٌ

(٥) سقط من : ١ .

(٦) في ١ : « أعطى » .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب من كره أن يوصى بمثل أحد ... ، من كتاب الوصايا . المصنف ١٧١/١١ . وأورده الهيثمي ، في : باب في من أوصى بسهم من ماله ، من كتاب الوصايا . مجمع الزوائد ٢١٣/٤ وعزاه للطبراني في الأوسط .

وَأُخْتُ ، كَانَ لَهُ السَّبْعُ ، كَمَا لَوْ كَانَ مَعَهُمَا جَدَّةٌ ، عَلَى الرِّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ فِي الْمَسْأَلَةِ أُمٌّ وَثَلَاثُ / أَخَوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ زَوْجٌ ، فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ تِسْعَةٍ ، وَلِلْمُوصَى لَهُ الْعَشْرُ ، عَلَى الرِّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . وَإِنْ كَانَ الْوَرِثَةُ ثَلَاثُ أَخَوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ السُّدُسُ عَلَى الرِّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . وَإِنْ كَانُوا زَوْجًا وَأَبَوَيْنِ وَابْنَيْنِ ، فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ خَمْسَةِ عَشَرَ ، وَتُعُولُ بِسُدُسٍ آخَرَ ، فَتَصِيرُ مِنْ سَبْعَةِ عَشَرَ . وَكَذَلِكَ عَلَى قَوْلِ الْخَلَالِ ؛ لِأَنَّ أَقْلَ سِهَامِ الْوَرِثَةِ سُدُسٌ . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الْآخَرَى ، يَكُونُ لِلْمُوصَى سَهْمٌ وَاحِدٌ ، يُزَادُ عَلَى خَمْسَةِ عَشَرَ ، فَتَصِيرُ سِتَّةَ عَشَرَ . وَإِنْ كَانُوا زَوْجَةً وَأَبَوَيْنِ وَابْنًا ، فَالْفَرِضَةُ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، وَتُعُولُ بِالسُّدُسِ الْمُوصَى بِهِ إِلَى ثَمَانِيَةٍ وَعِشْرِينَ . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ ، يُزَادُ عَلَيْهَا سَهْمٌ وَاحِدٌ لِلْمُوصَى لَهُ ، فَتَكُونُ مِنْ خَمْسَةِ وَعِشْرِينَ . وَعَلَى قَوْلِ الْخَلَالِ : يُزَادُ عَلَيْهَا مِثْلُ سَهْمِ الزَّوْجَةِ ، فَتَكُونُ مِنْ سَبْعَةِ وَعِشْرِينَ . وَإِنْ كَانُوا خَمْسَةً بَيْنَ فَلِلْمُوصَى ^(٨) السُّدُسُ كَامِلًا ، وَتَصِحُّ مِنْ سِتَّةٍ ^(٩) عَلَى الرِّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ زَوْجَةٌ ، صَحَّتِ الْفَرِضَةُ مِنْ أَرْبَعِينَ ، فَتَزِيدُ عَلَيْهَا سَهْمًا لِلْمُوصَى ، عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَاتِ ، تَصِيرُ أَحَدًا ^(١٠) وَأَرْبَعِينَ . وَعَلَى قَوْلِ الْخَلَالِ ، تَزِيدُ مِثْلَ نَصِيبِ الزَّوْجَةِ ، فَتَصِيرُ خَمْسَةً وَأَرْبَعِينَ . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الْأُولَى ، تَزِيدُ عَلَيْهَا مِثْلَ سُدُسِهَا ، وَلَا سُدُسَ لَهَا ، فَتَضَرِبُهَا فِي سِتَّةٍ ، ثُمَّ تَزِيدُ عَلَيْهَا سُدُسَهَا ، تَكُونُ مِائَتَيْنِ وَثَمَانِينَ ، لِلْمُوصَى أَرْبَعُونَ ، وَلِلزَّوْجَةِ ثَلَاثُونَ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ اثْنَانِ وَأَرْبَعُونَ . وَلَوْ خَلَفَ أَبَوَيْنِ وَابْنَيْنِ ، وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِسُدُسِ مَالِهِ ، وَالْآخَرَ بِسَهْمٍ ، جَعَلَتْ ذَا السَّهْمِ كَالْأَمِّ ، وَأَعْطِيَتْ صَاحِبَ السُّدُسِ سُدُسًا كَامِلًا ، وَقَسَمَتْ الْبَاقِيَ بَيْنَ الْوَرِثَةِ وَالْمُوصَى لَهُ عَلَى سَبْعَةٍ ، فَتَصِحُّ مِنْ اثْنَيْنِ وَأَرْبَعِينَ ، لِصَاحِبِ السُّدُسِ سَبْعَةٌ ، وَلِصَاحِبِ السَّهْمِ خَمْسَةٌ ، عَلَى الرِّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُعْطَى ذُو

(٨) فِي الْأَصْلِ : « فَلِلْمُوصَى » .

(٩) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « عَشْرٌ » .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « إِحْدَى » .

السَّهْمِ السَّبْعِ كَامِلًا ، كَانَتْهُ أَوْصَى لَهُ بِهِ^(١١) مِنْ غَيْرِ وَصِيَّةٍ أُخْرَى ، فَيَكُونُ لَهُ سِتَّةٌ ، وَيَبْقَى تِسْعَةٌ وَعِشْرُونَ عَلَى سِتَّةٍ لَا تَنْقَسِمُ / ، فَتَنْصَرِبُهَا فِي اثْنَيْنِ وَأَرْبَعِينَ ، تَكُونُ مِائَتَيْنِ وَاثْنَيْنِ وَخَمْسِينَ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى بِجُزْءٍ أَوْ حَظٍّ أَوْ نَصِيبٍ أَوْ شَيْءٍ مِنْ مَالِهِ ، أَعْطَاهُ الْوَرَثَةُ مَا شَاءُوا . لَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَغَيْرُهُمْ ؛ لِأَنَّ كُلَّ شَيْءٍ جُزْءٌ وَنَصِيبٌ وَحَظٌّ وَشَيْءٌ . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : أَعْطُوا فَلَانًا مِنْ مَالِي ، أَوْ ارْزُقُوهُ . لِأَنَّ ذَلِكَ لَا حَدَّ لَهُ فِي اللَّغَةِ ، وَلَا فِي الشَّرْعِ ، فَكَانَ عَلَى إِطْلَاقِهِ .

٩٦٢ - مسألة ؛ قَالَ : (وَإِذَا أَوْصَى لَهُ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ وَرَثَتِهِ ، وَلَمْ يُسَمِّهِ ، كَانَ لَهُ مِثْلُ مَا لَأَقْلَهُمْ نَصِيبًا كَأَنَّهُ أَوْصَى لَهُ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ وَرَثَتِهِ . وَهُمْ ابْنٌ وَأَرْبَعُ زَوَاجَاتٍ ، فَتَكُونُ صَحِيحَةً مِنْ اثْنَيْنِ وَثَلَاثِينَ سَهْمًا ، لِلزَّوْجَاتِ الثَّمَنُ ، وَهُوَ أَرْبَعَةٌ ، وَمَا بَقِيَ فَلِلْأَبْنِ ، فَرُذْ فِي سِهَامِ الْفَرِيضَةِ مِثْلُ حَظِّ امْرَأَةٍ مِنْ نِسَائِهِ ، فَتَصِيرُ الْفَرِيضَةُ مِنْ ثَلَاثَةِ وَثَلَاثِينَ سَهْمًا ، لِلْمَوْصَى لَهُ سَهْمٌ ، وَلِكُلِّ امْرَأَةٍ سَهْمٌ ، وَمَا بَقِيَ فَلِلْأَبْنِ)

وَجَمَلَةُ ذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ وَرَثَتِهِ ، غَيْرِ مُسَمًّى ، فَإِنْ كَانَ الْوَرَثَةُ يَتَسَاوَوْنَ فِي الْمِيرَاثِ كَالثَّانِيَيْنِ ، فَلَهُ مِثْلُ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ ، مُزَادًا عَلَى الْفَرِيضَةِ ، وَيُجْعَلُ كَوَاحِدٍ مِنْهُمْ زَادَ فِيهِمْ . وَإِنْ كَانُوا يَتَفَاضَلُونَ ، كَمَسْأَلَةِ الْخِرْقَى ، فَلَهُ مِثْلُ نَصِيبِ أَقْلِهِمْ مِيرَاثًا ، يُزَادُ عَلَى فَرِيضَتِهِمْ . وَإِنْ أَوْصَى بِنَصِيبِ وَارِثٍ مُعَيَّنٍ ، فَلَهُ مِثْلُ نَصِيبِهِ مُزَادًا عَلَى الْفَرِيضَةِ . هَذَا قَوْلُ الْجُمْهُورِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَزُفَرٌ ، وَدَاوُدُ : يُعْطَى مِثْلُ نَصِيبِ الْمُعَيَّنِ ، وَمِثْلُ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ ، إِذَا كَانُوا يَتَسَاوَوْنَ مِنْ أَصْلِ الْمَالِ ، غَيْرَ مَزِيدٍ ، وَيُقَسَّمُ الْبَاقِي بَيْنَ الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّ نَصِيبَ

(١١) سقط من : م .

الوارث قبل الوصية من أصل المال . فلو أوصى بمثل نصيب ابنه ، وله ابن واحد ، فالوصية بجميع المال . وإن كان له ابنان ، فالوصية بالنصف . وإن كانوا ثلاثة ، (١) فالوصية بالثلث . وقال مالك : إن كانوا يتفاضلون ، نُظِرَ إلى (٢) عدد رُءوسهم ، فأعطى سَهْمًا من عددهم ؛ لأنه لا يمكن اعتبار أنصبتهم / ١٠/٦ و لتفاضلهم ، فاعتبر عدد رُءوسهم . ولنا ، أنه جعل وارثه أصلاً وقاعدة ، حمل عليه نصيب الموصى له ، وجعله مثلاً له . وهذا يقتضي أن لا يُزَادَ أحدهما على صاحبه . ومتى أُعْطِيَ من أصل المال ، فما أُعْطِيَ مثل نصيبه ، ولا حصلت (٣) التسوية ، والعبارة تقتضي التسوية . وإنما جعل له (٤) مثل أقلهم نصيباً ؛ لأنه اليقين ، وما زاد فمشكوك فيه ، فلا يثبت مع الشك ، وقوله : « يُعْطَى سَهْمًا من عددهم » . بخلاف ما يقتضيه لفظ الموصى ؛ فإن هذا ليس بنصيب لأحد ورثته ، ولفظه إنما اقتضى نصيب أحدهم ، وتفاضلهم لا يمنع كون نصيب الأقل نصيب أحدهم ، فيصرفه إلى الوصي ، لقول الموصى ، وعملاً بمقتضى وصيته . وذلك أولى من اختراع شيء لا يقتضيه قول الموصى أصلاً . وقوله : تُعْذَرُ الْعَمَلُ بقول الموصى . غير صحيح ؛ فإنه أمكن العمل به بما قلناه ، ثم لو تُعْذَرُ الْعَمَلُ به ، لما جاز أن يُوجِبَ في ماله (٥) حقاً لم يأذن فيه ولم يأمر به . وقد مثل الخرقى في هذه المسألة بما أغنى عن تمثيلها . ولو قال : أوصيت بمثل نصيب أقلهم ميراثاً . كان كما لو أطلق ، وكان ذلك تأكيداً . وإن قال : أوصيت بمثل نصيب أكثرهم ميراثاً . فله ذلك ، مضافاً إلى المسألة ، فيكون له في مسألة الخرقى ثمانية وعشرون ، تُضْمُ إلى الفريضة ، فيكون الجميع ستين سَهْمًا .

(١ - ١) في الأصل ، ١ : « فله الثلث » .

(٢ - ٢) في م : « عددهم » .

(٣) في م زيادة : « له » .

(٤) في الأصل : « لهم » .

(٥) في م : « مال » .

فصل : وإن أوصى بنصيب وارث ، ففيها وجهان ؛ أحدهما ، تصيحُ الوصية ، ويكون ذلك كالوصية بمثل نصيبه . وهذا قول مالك ، وأهل المدينة ، والولوي ، وأهل البصرة ، وابن أبي ليلى ، وزفر ، وداود . والوجه الثاني ، لا تصيحُ الوصية . وهو الذي ذكره القاضي . وهو قول أصحاب الشافعي ، وأبي حنيفة ، وصاحبه ؛ لأنه أوصى بما هو حق للأبن ، فلم يصح ، كما لو قال : بدار ابني ، أو بما يأخذه ابني . ووجه الأول ، أنه أمكن تصحيح وصيته / بحمل لفظه على مجازيه ، فصح ، كما لو طلق بلفظ الكناية ، أو اعتق . وبيان إمكان التصحيح ، أنه أمكن تقدير حذف المضاف ، وإقامة المضاف إليه مقامه ، أي بمثل نصيب واري . ولأنه لو أوصى بجميع ماله ، صح ، وإن تضمن ذلك الوصية بنصيب ورثته كلهم .

١٠/٦ ظ

فصل : وإن قال : أوصيتُ لك بضعف نصيب ابني . فله مثلاً نصيبه . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو عبيدة القاسم بن سلام : الضعف المثل . واستدل بقول الله تعالى : ﴿ يُضَاعَفُ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ﴾^(١) . أي مثليين ، وقوله : ﴿ فَأَنْتَ أَكْلَهَا ضِعْفَيْنِ ﴾^(٢) . أي مثليين . وإذا كان الضعفان مثليين ، فالواحد مثل . ولنا ، أن الضعف مثلان ، بدليل قوله تعالى : ﴿ إِذَا لَأَذْنُكَ ضِعْفُ الْحَيَاةِ وَضِعْفُ الْمَمَاتِ ﴾^(٣) . وقال : ﴿ فَأُولَئِكَ لَهُمْ جَزَاءُ الضَّعْفِ بِمَا عَمِلُوا ﴾^(٤) . وقال : ﴿ وَمَا أَتَيْتُمْ مِنْ زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ ﴾^(٥) . ويروى عن عمر ، أنه أضعف الزكاة على نصارى بني تغلب ، فكان يأخذ من المائتين عشرة . وقال لحذيفة و عثمان بن حنيف : لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق ؟ فقال عثمان : لو

(٦) سورة الأحزاب ٣٠ .

(٧) سورة البقرة ٢٦٥ .

(٨) سورة الإسراء ٧٥ .

(٩) سورة سبأ ٣٧ .

(١٠) سورة الروم ٣٩ .

أَضْعَفْتُ عَلَيْهَا لَاحْتِمَلَتْ^(١١) . قَالَ الْأَزْهَرِيُّ : الضَّعْفُ الْمِثْلُ فَمَا فَوْقَهُ . وَأَمَّا قَوْلُهُ :
 إِنَّ الضَّعْفَيْنِ الْمِثْلَانِ . فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْأَثَرِيِّ ، عَنْ هِشَامِ بْنِ مُعَاوِيَةَ النَّحْوِيِّ قَالَ :
 الْعَرَبُ تَتَكَلَّمُ بِالضَّعْفِ مُثْنًى ، فَتَقُولُ : إِنْ أُعْطِيتَنِي دِرْهَمًا فَلَكَ ضِعْفَاهُ . أَيْ مِثْلَاهُ .
 وَإِفْرَادُهُ لَا بَأْسَ بِهِ ، إِلَّا أَنْ الثَّنِيَّةَ أَحْسَنُ . يَعْنِي أَنَّ الْمُفْرَدَ وَالْمُثْنَى فِي هَذَا بَعْنَى وَاحِدٍ ،
^(١٢) وَكِلَاهُمَا يُرَادُ بِهِ الْمِثْلَانِ ، وَإِذَا اسْتَعْمَلُوهُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ وَجَبَ اتِّبَاعُهُمْ فِيهِ وَإِنْ
 خَالَفَ الْقِيَاسَ^(١٣) . وَقَالَ أَبُو عُبَيْدَةَ مَعْمَرُ بْنُ الْمُثَنَّى : ضِعْفُ الشَّيْءِ^(١٤) هُوَ
 وَمِثْلُهُ^(١٥) ، وَضِعْفَاهُ هُوَ^(١٦) وَمِثْلَاهُ^(١٧) ، وَثَلَاثَةُ أَضْعَافِهِ أَرْبَعَةٌ^(١٨) أَمْثَالُهُ ، وَعَلَى هَذَا .

فصل : وَإِنْ قَالَ : أَوْصَيْتُ لَكَ بِضِعْفِي نَصِيبِ ابْنِي . / فَلَهُ مِثْلَانِ نَصِيبِهِ . وَإِنْ قَالَ :
 ثَلَاثَةُ أَضْعَافِهِ . فَلَهُ ثَلَاثَةُ أَمْثَالِهِ . هَذَا الصَّحِيحُ عِنْدِي . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي عُبَيْدٍ . وَقَالَ
 أَصْحَابُنَا : إِنْ أَوْصَى بِضِعْفَيْهِ ، فَلَهُ ثَلَاثَةُ أَمْثَالِهِ . وَإِنْ أَوْصَى بِثَلَاثَةِ أَضْعَافِهِ ، فَلَهُ أَرْبَعَةُ
 أَمْثَالِهِ . وَعَلَى هَذَا كَلِمَا زَادَهُ^(١٩) ضِعْفًا زَادَ مَرَّةً . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَاحْتَجُّوا
 بِقَوْلِ أَبِي عُبَيْدَةَ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : ضِعْفَاهُ أَرْبَعَةُ أَمْثَالِهِ ، وَثَلَاثَةُ أَضْعَافِهِ سِتَّةُ
 أَمْثَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ أَنَّ ضِعْفَ الشَّيْءِ مِثْلَاهُ ، فَثَنِيَّتُهُ مِثْلَانِ مُفْرَدِهِ ، كَسَائِرِ الْأَسْمَاءِ .
 وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَآتَتْهُ أَكْلَهَا ضِعْفَيْنِ ﴾ . قَالَ عِكْرِمَةُ : تَحْمِلُ فِي كُلِّ عَامٍ
 مَرَّتَيْنِ . وَقَالَ عَطَاءٌ : أَثْمَرَتْ فِي سَنَةٍ مِثْلَ ثَمَرَةٍ غَيْرَهَا سَنَتَيْنِ . وَلَا خِلَافَ بَيْنَ
 الْمُفَسِّرِينَ فِيمَا عَلِمْتُ فِي تَفْسِيرِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ يُضَاعَفُ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ﴾ .
 أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ مَرَّتَيْنِ . وَقَدْ دَلَّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ تُؤْتِيهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ ﴾^(٢٠) .
 وَمُحَالٌ أَنْ يَجْعَلَ أَجْرَهَا عَلَى الْعَمَلِ الصَّالِحِ مَرَّتَيْنِ وَعَذَابُهَا عَلَى الْفَاجِشَةِ^(٢١)

(١١) الأموال ، لأبي عبيد ٤٠ ، ٤١ .

(١٢ - ١٣) سقط من : م .

(١٣ - ١٣) في م : « هو مثله » .

(١٤ - ١٤) في م : « هو مثله » .

(١٥) في م : « ثلاثة » .

(١٦) في الأصل ، ا : « زاد » .

(١٧) سورة الأحزاب ٣١ .

(١٨) في م : « العمل الفاحش » .

ثَلَاثَ مَرَّاتٍ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى إِنَّمَا يُرِيدُ تَضْعِيفَ الْحَسَنَاتِ عَلَى السَّيِّئَاتِ ، وَهَذَا (١٩)
 الْمَعْهُودُ مِنْ كَرَمِهِ وَفَضْلِهِ ، وَأَمَّا قَوْلُ أَبِي عُبَيْدَةَ (٢٠) فَقَدْ خَالَفَهُ غَيْرُهُ ، وَأَنْكَرُوا
 قَوْلَهُ . قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ : لَا أُحِبُّ قَوْلَ أَبِي عُبَيْدَةَ فِي : ﴿ يَضَاعَفُ لَهَا الْعَذَابُ
 ضِعْفَيْنِ ﴾ . لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ فِي آيَةٍ أُخْرَى : ﴿ تُؤْتَاهَا أُجْرَهَا مَرَّتَيْنِ ﴾ . فَأَعْلَمَ أَنَّ
 لَهَا مِنْ هَذَا حَظَّيْنِ ، وَمِنْ هَذَا حَظَّيْنِ . وَقَدْ نَقَلَ مُعَاوِيَةُ بْنُ هِشَامٍ النَّحْوِي ، عَنْ
 الْعَرَبِ ، أَنَّهُمْ يَنْطِقُونَ بِالضَّعْفِ مُثْنًى وَمُقَرَّدًا بِمَعْنَى (٢١) وَاحِدٍ . وَمُؤَافَقَةُ الْعَرَبِ عَلَى
 لِسَانِهِمْ ، مَعَ مَا ذَلَّ عَلَيْهِ كَلَامُ اللَّهِ تَعَالَى الْعَزِيزِ وَأَقْوَالُ (٢٢) الْمُفَسِّرِينَ مِنَ التَّابِعِينَ
 وَغَيْرِهِمْ ، أَوَّلَى مِنْ قَوْلِ أَبِي عُبَيْدَةَ الْمُخَالِفِ لَذَلِكَ كُلِّهِ ، مَعَ مُخَالَفَةِ الْقِيَاسِ ، وَنِسْبَةِ
 الْخَطَأِ إِلَيْهِ أَوَّلَى مِنْ تَخْطِئَةِ مَا ذَكَرْنَاهُ . وَأَمَّا قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ، فَظَاهِرُ الْفَسَادِ ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ
 مُخَالَفَةِ الْكِتَابِ وَالْعَرَبِ وَأَهْلِ الْعَرَبِيَّةِ ، وَلَا يَجُوزُ التَّمَسُّكُ بِمُجَرَّدِ الْقِيَاسِ الْمُخَالِفِ
 / لِلنَّقْلِ ، فَقَدْ يَشِيدُ مِنَ الْعَرَبِيَّةِ كَلِمَاتٌ تُؤْخَذُ نَقْلًا بغير قِيَاسٍ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١١/٦ ظ

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبٍ مَنْ لَا نَصِيبَ لَهُ ، مِثْلَ أَنْ يُوصَى بِنَصِيبِ ابْنِهِ ،
 وَهُوَ مِمَّنْ لَا يَرِثُ ، لِكُونِهِ رَقِيقًا ، أَوْ مُخَالِفًا لِدِينِهِ ، أَوْ بِنَصِيبِ أَخِيهِ وَهُوَ مُخْجُوبٌ
 عَنْ مِيرَاثِهِ ، فَلَا شَيْءَ لِلْمُوصَى لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا نَصِيبَ لَهُ ، فَمِثْلُهُ لَا شَيْءَ لَهُ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلْثٍ ، وَلِآخَرَ بِرُبْعٍ ، وَلِآخَرَ بِخُمْسٍ ، وَلِآخَرَ بِمِثْلِ
 وَصِيَّةِ أَحَدِهِمْ ، فَلَهُ الْخُمْسُ . وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِعَشْرَةٍ ، وَلِآخَرَ بِسِتَّةٍ وَلِآخَرَ
 بِأَرْبَعَةٍ ، وَلِآخَرَ بِمِثْلِ وَصِيَّةِ أَحَدِهِمْ ، فَلَهُ أَرْبَعَةٌ ؛ لِأَنَّهَا الْيَقِينُ . وَإِنْ قَالَ : فَلَانٌ
 شَرِيكُهُمْ . فَلَهُ خُمْسُ مَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ . وَإِنْ وَصَّى لِأَحَدِهِمْ بِمَائَةٍ ، وَلِآخَرَ بِدَارٍ ،

(١٩) ق م : « وهذا هو » .

(٢٠ - ٢٠) ق م : « فخالفه فيه » .

(٢١) ق م : « بمثنى » .

(٢٢) ق م : « وقول » .

وَلَا خَرَ بَعْدُ ، ثُمَّ قَالَ : فَلَانُ شَرِيكُهُمْ . فَلَهُ نِصْفُ مَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ . ذَكَرَهَا الْحَبْرِيُّ ؛ لِأَنَّهُ هَهُنَا يُشَارِكُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُتَفَرِّدًا ، وَالشَّرِكَةُ تَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ ، فَلِهَذَا كَانَ لَهُ النِّصْفُ ، بِخِلَافِ الْأُولَيْنِ ، فَإِنَّهُمْ كُلَّهُمْ مُشْتَرِكُونَ ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : لَهُ الرُّبْعُ فِي الْجَمِيعِ .

فصل : وَلَوْ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ وَارِثٍ لَوْ كَانَ ، فَقَدَّرَ^(٢٣) الْوَارِثُ مَوْجُودًا ، وَأَنْظَرَ مَا لِلْمُوصَى لَهُ مَعَ وُجُودِهِ ، فَهُوَ لَهُ مَعَ عَدَمِهِ . فَإِنْ خَلَّفَ ابْنَيْنِ ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ^(٢٤) ثَالِثٍ لَوْ كَانَ^(٢٤) ، فَلِلْمُوصَى لَهُ الرُّبْعُ . وَلَوْ وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ خَامِسٍ لَوْ كَانَ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ السُّدُسُ . وَعَلَى هَذَا أَبَدًا . وَلَوْ خَلَّفَتْ زَوْجًا وَأُخْتًا^(٢٥) ، وَأَوْصَتْ بِمِثْلِ نَصِيبِ^(٢٦) أُمٍّ لَوْ كَانَتْ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ الْخُمْسُ ؛ لِأَنَّ لِلْأُمِّ الرُّبْعَ لَوْ كَانَتْ ، فَيَجْعَلُ لَهَا^(٢٦) سَهْمًا مَضَافًا إِلَى أَرْبَعَةٍ ، يَكُنْ خُمْسًا ، فَيُقَسَّمُ عَلَى هَذَا .

٩٦٣ - مسألة ؛ قَالَ : (وَإِذَا خَلَّفَ ثَلَاثَةَ بَنِينَ ، وَأَوْصَى لِآخَرٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ ، كَانَ لِلْمُوصَى لَهُ الرُّبْعُ)

هَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ ؛ الشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالتَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَعِنْدَ مَالِكٍ وَمُؤَافِقِيهِ ، لِلْمُوصَى لَهُ الثُّلُثُ ، وَالْبَاقِي بَيْنَ الْبَنِينَ^(١) . وَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ . وَقَدْ دَلَّلْنَا عَلَى فَسَادِهِ . وَلَوْ خَلَّفَ ابْنًا وَاحِدًا ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِهِ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ النِّصْفُ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ ، وَالثُّلُثُ فِي حَالِ الرَّدِّ . وَعِنْدَ مَالِكٍ ، لِلْمُوصَى لَهُ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ جَمِيعُ الْمَالِ .

فصل : فَإِنْ خَلَّفَ بَنَتًا ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِهَا ، فَالْحُكْمُ فِيهَا كَالْحُكْمِ فِيهَا لَوْ كَانَ

(٢٣) فِي م : « فَقَدَر » .

(٢٤ - ٢٤) فِي م : « الثَّالِث » .

(٢٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ ، م : « لَهُ » .

(١) فِي م : « الْبَنِينَ » .

ابناء عند مَنْ يَرَى الرَّدَّ ؛ لأنها/ تأخذُ المالَ كُلَّهُ بالفرض والرَّدَّ ، وَمَنْ لَا يَرَى الرَّدَّ يَقْتَضِي قَوْلُهُ أَنْ يَكُونَ لَهُ الثُّلُثُ ، وَلِهَذَا نَصَّفَ الْبَاقِي ، وَمَا بَقِيَ لِبَيْتِ الْمَالِ . وَيَقْتَضِي قَوْلُ مَالِكٍ أَنْ يَكُونَ ^(٢) لِلْمُوصَى لَهُ النِّصْفُ فِي حَالِ الْإِجَارَةِ ، وَلِهَذَا نَصَّفَ الْبَاقِي ، وَمَا بَقِيَ لِبَيْتِ الْمَالِ . فَإِنْ خَلَّفَ ابْنَتَيْنِ ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدَاهُمَا ، فَهِيَ مِنْ ثَلَاثَةٍ عِنْدَنَا . وَيَقْتَضِي قَوْلُ مَنْ لَا يَرَى الرَّدَّ أَنَّهَا مِنْ أَرْبَعَةٍ ، لِبَيْتِ الْمَالِ الرَّبْعُ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ رُبْعُهُ . وَيَقْتَضِي قَوْلُ مَالِكٍ أَنَّ الثُّلُثَ لِلْمُوصَى لَهُ ، وَلِلْبَيْتَيْنِ ثُلُثًا مَا بَقِيَ ، وَالْبَاقِي لِبَيْتِ الْمَالِ . وَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ . فَإِنْ خَلَّفَ ^(٣) جَدَّةً وَحَدًّا ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِهَا ، فَقِيَاسُ قَوْلِنَا أَنَّ الْمَالَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ . وَقِيَاسُ قَوْلِ مَنْ لَا يَرَى الرَّدَّ أَنَّهَا مِنْ سَبْعَةٍ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّبْعُ ، وَالْبَاقِي لِبَيْتِ الْمَالِ . وَقِيَاسُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ لِلْمُوصَى لَهُ السُّدُسَ ، وَلِلْجَدَّةِ سُدُسٌ مَا بَقِيَ ، وَالْبَاقِي لِبَيْتِ الْمَالِ .

فصل : وَإِذَا خَلَّفَ ثَلَاثَةَ بَنِينَ ، وَأَوْصَى لِثَلَاثَةٍ بِمِثْلِ أَنْصِبَائِهِمْ ، فَالْمَالُ بَيْنَهُمْ عَلَى سِتَّةٍ إِنْ أَجَازُوا ، وَإِنْ رَدُّوا مِنْ تِسْعَةٍ ، لِلْمُوصَى لَهُمُ الثُّلُثُ ثَلَاثَةً ، وَالْبَاقِي بَيْنَ الْبَنِينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ . فَإِنْ أَجَازُوا لَوَاحِدٍ وَرَدُّوا عَلَى اثْنَيْنِ ، فَلِلْمَرْدُودِ عَلَيْهِمَا التُّسْعَانِ اللَّذَانِ كَانَا لهما فِي حَالِ الرَّدِّ عَلَيْهِمَا . وَفِي الْمُجَازِ لَهُ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ السُّدُسُ الَّذِي كَانَ لَهُ فِي حَالِ الْإِجَارَةِ لِلْجَمِيعِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي يَوْسَفَ ، وَابْنِ شُرَيْحٍ ، فَيَأْخُذُ السُّدُسَ وَالتُّسْعَيْنِ مِنْ مَخْرَجِهِمَا ، وَهُوَ ثَمَانِيَّةَ عَشَرَ ، يَبْقَى أَحَدُ عَشَرَ بَيْنَ الْبَنِينَ ، عَلَى ثَلَاثَةٍ لَا يَصِحُّ ، فَيُضْرَبُ عَدْدُهُمْ فِي ثَمَانِيَّةَ عَشَرَ ، تَكُنُ أَرْبَعَةً وَخَمْسِينَ ، لِلْمُجَازِ لَهُ السُّدُسُ تِسْعَةً ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ صَاحِبَيْهِ سِتَّةٌ ، وَلِكُلِّ ابْنِ أَحَدِ عَشَرَ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، أَنْ يُضَمَّ الْمُجَازُ لَهُ إِلَى الْبَنِينَ ، وَيُقَسَّمُ الْبَاقِي بَعْدَ التُّسْعَيْنِ عَلَيْهِمْ ، وَهُمْ أَرْبَعَةٌ ، لَا تُنْقَسِمُ ،

(٢) سقط من : الأصل ، ١ .

(٣) في م : د خ ل ص هـ تحريف .

فَتَضْرِبُ أَرْبَعَةً فِي تِسْعَةٍ ، تَكُنْ سِتَّةٌ وَثَلَاثِينَ ، فَإِنْ أَجَازَ الْوَرِثَةُ بَعْدَ ذَلِكَ لِلْآخَرِينَ ،
 أَتَمُّوا الْكُلَّ وَاحِدٌ مِنْهُمْ تَمَامَ سُدُسِ الْمَالِ ، فَيَصِيرُ الْمَالُ بَيْنَهُمْ أَسَدَاسًا عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ،
 وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخِرِ يَضُمُّونَ مَا حَصَلَ لَهُمْ ، وَهُوَ أَحَدٌ وَعِشْرُونَ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ ، إِلَى
 مَا حَصَلَ لَهُمَا وَهُوَ ثَمَانِيَّةٌ ، ثُمَّ يَفْتَسِمُونَهُ بَيْنَهُمْ عَلَى خَمْسَةٍ ، لَا يَصِحُّ ، فَتَضْرِبُ خَمْسَةً
 فِي سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ ، تَكُنْ مِائَةٌ وَثَمَانِينَ ، وَمِنْهَا نَصِيبٌ . وَإِنْ أَجَازَ أَحَدُ الْبَيْنَيْنِ لَهُمْ ، وَرَدَّ
 الْآخَرَ إِنْ عَلَيْهِمْ ، فَلِلْمُجِيزِ السُّدُسُ ، وَهُوَ ثَلَاثَةٌ مِنْ ثَمَانِيَّةٍ عَشَرَ ، وَلِلَّذِينَ لَمْ يُجِزَا^(٤)
 أَرْبَعَةٌ أَتْسَاعٌ ، ثَمَانِيَّةٌ^(٥) ، تَبْقَى سَبْعَةٌ بَيْنَ الْمُوصَى لَهُمْ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، اضْرِبْهَا^(٦) فِي ثَمَانِيَّةٍ
 عَشَرَ ، تَكُنْ أَرْبَعَةٌ وَخَمْسِينَ . وَإِنْ أَجَازَ وَاحِدٌ لَوَاحِدٍ ، دَفَعَ إِلَيْهِ ثُلُثُ مَا فِي يَدِهِ مِنَ
 الْفَضْلِ ، وَهُوَ ثُلُثُ سَهْمٍ مِنْ ثَمَانِيَّةٍ عَشَرَ ، فَاضْرِبْهَا فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ أَرْبَعَةٌ وَخَمْسِينَ .
 وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَإِذَا وَصَّى لِرَجُلٍ بِجُزْءٍ مُقَدَّرٍ ، وَلَا آخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ وَارِثٍ مِنْ وَرَثَتِهِ ،
 فَقِيَاهُ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُعْطَى الْجُزْءُ لِصَاحِبِهِ ، وَيُقَسَّمُ الْبَاقِي بَيْنَ الْوَرِثَةِ وَالْمُوصَى
 لَهُ ، كَأَنَّهُ ذَلِكَ الْوَارِثُ إِنْ أَجَازُوا . وَإِنْ رَدُّوا ، قَسَمْتَ الثُّلُثَ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى حَسَبِ
 مَا كَانَ لِهَافِي حَالِ الْإِجَازَةِ ، وَالثُّلُثَانِ بَيْنَ الْوَرِثَةِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، أَنْ يُعْطَى صَاحِبُ
 النَّصِيبِ مِثْلَ نَصِيبِ الْوَارِثِ ، كَأَنَّهُ لَا وَصِيَّةَ سِوَاهَا . وَهَذَا قَوْلُ يَحْيَى بْنِ آدَمَ^(٧) ،
 مِثَالُهُ : رَجُلٌ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِرَجُلٍ ، وَلَا آخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ بَيْنَهُ ، وَهُمْ ثَلَاثَةٌ ،
 فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، لِلْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ الثُّلُثُ ، وَمَا بَقِيَ بَيْنَ الْبَيْنَيْنِ وَالْوَصِيَّ عَلَى أَرْبَعَةٍ ،
 وَنَصِيبٌ مِنْ سِتَّةٍ ، لِصَاحِبِ الثُّلُثِ سَهْمَانِ ، وَلِلْآخَرِ سَهْمٌ ، فَإِنْ رَدُّوا فَالْثُّلُثُ بَيْنَ

(٤) فِي ١ ، م : « يَجِيزُوا » .

(٥) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « عَشْرٌ » خَطَأً .

(٦) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « نَضْرِبُهَا » .

(٧) يَحْيَى بْنُ آدَمَ الْكُوفِيُّ الْمَقْرِيُّ الْحَافِظُ الْفَقِيهَ ، التَّوَفَّى سَنَةَ ثَلَاثٍ وَمِائَتَيْنِ . الْعَبْرُ ٣٤٣/١ .

الْوَصِيِّينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَالثَّلَاثَانِ بَيْنَ الْبَيْنِ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ . وَعَلَى الْوَجْهِ
الْآخِرِ ، لِصَاحِبِ الثُّلُثِ الثُّلُثُ ، وَلِلْآخِرِ الرَّبْعُ إِنْ أُجِيزَ لَهَا ، وَإِنْ رُدُّوا عَلَيْهِمَا ، قَسَمْتَ
الثُّلُثَ بَيْنَهُمَا عَلَى سَبْعَةٍ ، وَالثَّلَاثَانِ لِلْوَرَثَةِ ، وَتَصِحُّ مِنْ ثَلَاثَةٍ وَسِتِّينَ . وَإِنْ كَانَ الْجُزْءُ
يَزِيدُ عَلَى الثُّلُثِ ، مِثْلُ إِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِالنُّصْفِ ، وَلَاخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ بَيْنِهِ ، فَفِيهَا
وَجْهٌ ثَالِثٌ ، وَهُوَ أَنْ يَجْعَلَ لِصَاحِبِ النُّصِيبِ نَصِيبَهُ مِنَ الثَّلَاثَيْنِ ، وَهُوَ رُبْعُهَا ^(٨) ؛ لِأَنَّ
الثَّلَاثَيْنِ حَقُّ الْوَرَثَةِ ، لَا يُؤْخَذُ مِنْهُمَا ^(٩) شَيْءٌ إِلَّا بِإِجَازَتِهِمْ وَرِضَاهُمْ ، فَيَكُونُ صَاحِبُ
النُّصِيبِ كَوَاحِدٍ مِنْهُمْ ، لَا تَنْقُصُ مِنَ السُّدُسِ شَيْئًا إِلَّا بِإِجَازَتِهِ . فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ،
لِصَاحِبِ الْجُزْءِ النُّصْفُ ، وَالبَاقِي بَيْنَ الْآخِرِ وَالْبَيْنِ عَلَى أَرْبَعَةٍ ، وَتَصِحُّ مِنْ ثَمَانِيَةٍ /
إِنْ أَجَازُوا ، وَإِنْ رَدُّوا قَسَمْتَ الثُّلُثَ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى خَمْسَةٍ ، وَالثَّلَاثَيْنِ بَيْنَ الْبَيْنِ
عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَتَصِحُّ مِنْ خَمْسَةٍ وَأَرْبَعِينَ . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، لِصَاحِبِ النُّصْفِ
النُّصْفُ ، وَلِلْآخِرِ الرَّبْعُ ، وَيَبْقَى الرَّبْعُ بَيْنَ الْبَيْنِ ، وَتَصِحُّ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ ، وَإِنْ
رَدُّوا فَالْثُّلُثُ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّالِثِ ،
لِصَاحِبِ النُّصْفِ النُّصْفُ ، وَلِلْآخِرِ السُّدُسُ ، وَيَبْقَى الثُّلُثُ بَيْنَ الْبَيْنِ عَلَى ثَلَاثَةٍ ،
وَتَصِحُّ مِنْ ثَمَانِيَةِ عَشَرَ ، وَإِنْ رَدُّوا ، فَالْثُّلُثُ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى أَرْبَعَةٍ ، وَتَصِحُّ مِنْ
سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ . وَإِنْ أَوْصَى لِصَاحِبِ الْجُزْءِ بِالثَّلَاثَيْنِ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، لِصَاحِبِ
النُّصْفِ ^(١٠) رُبْعُ الثُّلُثِ ، سَهْمٌ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ إِنْ أَجَازُوا ، وَإِنْ رَدُّوا قَسَمْتَ الثُّلُثَ
بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى تِسْعَةٍ . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، يَكُونُ لَهُ الرَّبْعُ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ ،
وَفِي حَالِ الرَّدِّ يَكُونُ الثُّلُثُ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى أَحَدَ عَشَرَ . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّالِثِ ،
يَكُونُ لَهُ السُّدُسُ فِي الْإِجَازَةِ ، وَفِي الرَّدِّ يَكُونُ الثُّلُثُ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى خَمْسَةٍ .
وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِجَمِيعِ مَالِهِ ، وَلَاخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ وَرَثَتِهِ ، فَعَلَى

و ١٣/٦

(٨) فِي ١ ، م : « رُبْعُهُ » .

(٩) أَيْ مِنَ الثَّلَاثَيْنِ . وَفِي ١ ، م : « مِنْهَا » .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « النُّصِيبُ » .

الْوَجْهِ الْأَوَّلُ ، لَا يَصِحُّ لِلْوَصِيِّ الْآخَرِ شَيْءٌ فِي إِجَازَةٍ وَلَا رَدٍّ . وَعَلَى الثَّانِي ، يُقْسِمُ
الْوَصِيَّانِ الْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى خُمْسَةٍ فِي الْإِجَازَةِ ، وَالثُّلُثُ عَلَى خُمْسَةٍ فِي الرَّدِّ . وَعَلَى
الثَّالِثِ ، يُقْتَسِمَانِ الْمَالُ عَلَى سَبْعَةٍ فِي الْإِجَازَةِ ، وَالثُّلُثُ عَلَى سَبْعَةٍ فِي الرَّدِّ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ وَارِثٍ ، وَلِلْآخَرِ بِجُزْءٍ مِمَّا بَقِيَ مِنَ الْمَالِ
فَفِيهَا أَيْضًا ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا : أَنْ يُعْطَى صَاحِبُ النُّصْفِ مِثْلَ نَصِيبِ الْوَارِثِ ، إِذَا
لَمْ يَكُنْ ثُمَّ وَصِيَّةٌ أُخْرَى . وَالثَّانِي ، أَنْ يُعْطَى مِثْلَ نَصِيبِهِ مِنْ ثُلْثِي الْمَالِ . وَالثَّالِثُ ، أَنْ
يُعْطَى مِثْلَ نَصِيبِهِ بَعْدَ اخْتِذِ صَاحِبِ الْجُزْءِ وَصِيَّتَهُ . وَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ يَدْخُلُهَا الدَّوْرُ ،
وَعَلَيْهِ التَّفْرِيعُ . وَمِثَالُهُ ، رَجُلٌ خَلَفَ ثَلَاثَةَ بَنِينَ ، وَوَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ ، وَلِالْآخَرِ
بِنِصْفِ بَاقِي الْمَالِ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، لِصَاحِبِ النُّصِيبِ ^(١١) الرُّبْعُ ، وَلِلْآخَرِ
نِصْفُ الْبَاقِي ، وَمَا بَقِيَ لِلْبَنِينَ ، وَتَصِحُّ مِنْ ثَمَانِيَّةٍ . وَعَلَى الثَّانِي لَهُ السُّدُسُ ، وَلِلْآخَرِ
نِصْفُ الْبَاقِي ، وَتَصِحُّ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ . وَلَا تَفْرِعُ عَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ لَوْضُوحُهُمَا .
وَأَمَّا عَلَى الثَّالِثِ فَيَدْخُلُهَا الدَّوْرُ ، وَلِعَمَلِهَا طُرُقٌ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ تَأْخُذَ مَخْرَجَ النُّصْفِ ،
فَتُسْقِطَ مِنْهُ سَهْمًا ، يَبْقَى سَهْمٌ ، فَهُوَ النُّصِيبُ ، ثُمَّ تَزِيدُ عَلَى عَدَدِ الْبَنِينَ وَاحِدًا ، تَصِيرُ
أَرْبَعَةً ، فَتَضْرِبُهَا فِي الْمَخْرَجِ ، تَكُنْ ثَمَانِيَّةً ، تَنْقُصُهَا سَهْمًا ، يَبْقَى سَبْعَةٌ ، فَهِيَ الْمَالُ ،
لِلْمَوْصَى لَهُ بِالنُّصِيبِ سَهْمٌ ، وَلِلْآخَرِ نِصْفُ الْبَاقِي ، وَهُوَ ثَلَاثَةٌ ، وَلِكُلِّ ابْنِ سَهْمٍ .
طَرِيقٌ آخَرُ ، أَنْ تَزِيدَ عَلَى سِهَامِ الْبَنِينَ نِصْفَ سَهْمٍ ، وَتَضْرِبُهَا فِي الْمَخْرَجِ ، تَكُنْ
سَبْعَةً . طَرِيقٌ ثَالِثٌ ، وَيُسَمَّى الْمَنْكُوسَ ، أَنْ تَأْخُذَ سِهَامَ الْبَنِينَ وَهِيَ ثَلَاثَةٌ ، فَتَقُولُ :
هَذِهِ ^(١٢) بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ نِصْفُهُ ، فَإِذَا أَرَدْتَ تَكْمِيلَهُ فَزِدْ عَلَيْهِ مِثْلَهُ ، ثُمَّ زِدْ عَلَيْهَا مِثْلَ
سَهْمِ ابْنٍ ، تَكُنْ سَبْعَةً . طَرِيقٌ رَابِعٌ ، أَنْ تَجْعَلَ الْمَالُ سَهْمَيْنِ وَنِصْبِيًّا ، وَتُدْفَعَ النُّصِيبُ

(١١) فِي م : (النصف) .

(١٢) فِي م : (هي) .

إلى صاحبه ، وإلى الآخر سهمًا ، يَبْقَى سَهْمٌ لِلْبَيْنِ يَعْدِلُ ثُلْثَهُ ، فالمال كله سَبْعَةٌ .
وبالجبر تأخذ مالاً فتلقى منه نصيبًا ، يَبْقَى مالٌ إِلَّا نصيبًا ، وتُدْفَعُ نِصْفُ الباقي إلى
الوصي الآخر ، يَبْقَى نِصْفُ مالٍ إِلَّا نِصْفَ نصيب ، يَعْدِلُ ثَلَاثَةَ أَنْصِبَاءَ ، فاجبره
بنِصْفِ نصيب ، وزده على الثَلَاثَةِ ، يَبْقَى نِصْفًا كاملاً ، يَعْدِلُ ثَلَاثَةً ونِصْفًا ، فالمال
كله سَبْعَةٌ .

فصل : فإن كانت الوصية الثانية ينصف ما يَبْقَى من الثُلث ، أخذت مَخْرَجَ النِّصْفِ
والثُلث ، وهو سِتَّةٌ ، نَقَصَتْ منها واحدًا ، يَبْقَى خَمْسَةٌ ، فهي النِّصيبُ ، ثم تَرِيدُ
واحدًا على سِهَامِ الْبَيْنِ ، وتَضْرِبُهَا في المَخْرَجِ ، تَكُنْ أَرْبَعَةً وعَشْرِينَ ثَمَنُهَا ثَلَاثَةٌ ،
يَبْقَى أَحَدًا وعَشْرُونَ ، فهو المالُ ، فتُدْفَعُ إلى صاحبِ النِّصيبِ خَمْسَةٌ ، يَبْقَى من الثُلثِ
اثنان ، تَدْفَعُ منهما سَهْمًا إلى الوصي الآخر ، يَبْقَى خَمْسَةٌ وعَشْرٌ ، لكلِّ ابْنِ خَمْسَةٌ .
وبالطَّرِيقِ الثاني ، تَرِيدُ على سِهَامِ الْبَيْنِ نِصْفًا ، وتَضْرِبُهَا في المَخْرَجِ ، تَكُنْ أَحَدًا
وعَشْرِينَ . وبالثَّالثِ ، تَعْمَلُ كَمَا عَمِلْتَ في الأولى ، فإذا بَلَغْتَ سَبْعَةً ضَرَبْتَهَا في ثَلَاثَةٍ ؛
من أَجْلِ أَنْ / الوصية الثانية ينصف الثُلث . وبالرَّابِعِ ، تَجْعَلُ الثُلثَ سَهْمَيْنِ ونِصْبًا ،
تُدْفَعُ النِّصيبُ إلى صاحبه ، وإلى الآخر سهمًا ، يَبْقَى من المالِ خَمْسَةٌ أَسْهُمٍ
ونِصْبَانِ ، تَدْفَعُ نِصْبَيْنِ إلى ابْنَيْنِ ، يَبْقَى خَمْسَةٌ للثَّالثِ ، فهي النِّصيبُ ، فإذا بَسَطْتَهَا
كانت أَحَدًا وعَشْرِينَ ، وبالجبر ، تأخذ مالاً فتلقى منه ثُلْثَهُ نصيبًا ، وتُدْفَعُ إلى الآخرِ
نِصْفُ الباقي الثُلثُ ، يَبْقَى من المالِ خَمْسَةٌ أَسْدَاسِهِ إِلَّا نِصْفَ نصيب ، اجبره بنِصْفِ
نصيب ، وزده على سِهَامِ الْبَيْنِ ، يصيرُ ثَلَاثَةً ونِصْفًا ، تَعْدِلُ خَمْسَةَ أَسْدَاسٍ ، أَقْلَبْ
وَحَوَّلْ ، يصيرُ النِّصيبُ خَمْسَةً ، وكلُّ سَهْمٍ سِتَّةٌ تَكُنْ أَحَدًا وعَشْرِينَ .

و ١٤/٦

فصل : فإن أوصى لِثَلَاثِ بَرْنِيعِ المالِ ، فَخُذِ المَخَارِجَ ، وهي اثنان وثَلَاثَةٌ وأَرْبَعَةٌ ،
واضرب بعضها في بعض ، تَكُنْ أَرْبَعَةً وعَشْرِينَ ، وزد على عَدَدِ الْبَيْنِ واحدًا ، تصيرُ
أَرْبَعَةً ، واضربها في أَرْبَعَةٍ وعَشْرِينَ ، تَكُنْ سِتَّةً وتسعينَ ، انقص منها ضَرْبَ نِصْفِ
سَهْمٍ في أَرْبَعَةٍ وعَشْرِينَ ، وذلك اثنا عشرَ ، يَبْقَى أَرْبَعَةٌ وثمانونَ ، فهي المالُ ، ثم
انظر الأَرْبَعَةَ وعَشْرِينَ ، فانقص منها سُدْسَهَا لِأَجْلِ الوصية الثانية ، ورُبْعَهَا لِأَجْلِ

الْوَصِيَّةُ الثَّالِثَةُ^(١٣) ، يَبْقَى أَرْبَعَةُ عَشَرَ ، فَهِيَ النَّصِيبُ ، فَادْفَعُهَا إِلَى الْمُوصَى لَهُ
بِالنَّصِيبِ ، ثُمَّ ادْفَعْ إِلَى الثَّانِي نِصْفَ مَا يَبْقَى مِنَ الثَّلَاثِ ، وَهُوَ سَبْعَةٌ ، وَإِلَى الثَّالِثِ رُبْعَ
الْمَالِ أَحَدًا وَعِشْرِينَ ، يَبْقَى اثْنَانِ وَأَرْبَعُونَ ، لِكُلِّ ابْنِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ . وَبِالطَّرِيقِ الثَّانِي ،
تَزِيدُ عَلَى عَدَدِ الْبَيْنِ نِصْفَ سَهْمٍ ، وَتَضْرِبُ ثَلَاثَةً وَنِصْفًا فِي أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، تَكُنْ
أَرْبَعَةً وَثَمَانِينَ . وَبِالطَّرِيقِ الثَّالِثِ ، تَعْمَلُ فِي هَذِهِ كَمَا عَمِلْتَ فِي الَّتِي قَبْلَهَا ، فَإِذَا بَلَغَتْ
أَحَدًا وَعِشْرِينَ ، ضَرَبْتَهَا فِي أَرْبَعَةٍ مِنْ أَجْلِ الرَّبْعِ ، تَكُنْ أَرْبَعَةً وَثَمَانِينَ . وَبِطَّرِيقِ
النَّصِيبِ تَفْرِضُ الْمَالَ سِتَّةَ أَشْهُمٍ ، وَثَلَاثَةَ أَنْصِبَاءَ ، تَدْفَعُ نَصِيبًا إِلَى صَاحِبِ النَّصِيبِ ،
وإِلَى الْآخَرِ سَهْمًا ، وَإِلَى صَاحِبِ الرَّبْعِ سَهْمًا وَنِصْفًا وَثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ نَصِيبٍ ، وَيَبْقَى
مِنْ / الْمَالِ نَصِيبٌ وَرُبْعٌ وَثَلَاثَةُ أَشْهُمٍ وَنِصْفٌ لِلْوَرِثَةِ ، يَغْدِلُ ثَلَاثَةَ أَنْصِبَاءَ ، فَاسْقِطْ
نَصِيبًا وَرُبْعًا بِمِثْلِهَا ، يَبْقَى ثَلَاثَةُ أَشْهُمٍ وَنِصْفٌ ، يَغْدِلُ نَصِيبًا وَثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ ، فَالنَّصِيبُ
إِذَا سَهْمَانِ ، فَاسْقِطِ الثَّلَاثَةَ الْأَنْصِبَاءَ ، تَكُنْ سِتَّةٌ ، فَصَارَ الْمَالُ اثْنَى عَشَرَ ، وَمِنْهَا
يَصِحُّ ، لِصَاحِبِ النَّصِيبِ سَهْمَانِ ، وَلِلْآخَرِ نِصْفُ بَاقِي الثَّلَاثِ سَهْمٍ ، وَلِصَاحِبِ
الرَّبْعِ ثَلَاثَةٌ ، تَبْقَى سِتَّةٌ ، لِكُلِّ ابْنِ سَهْمَانِ . وَهَذَا أَخْصَرُّ وَأَحْسَنُ . وَبِالْجَبْرِ ، تَأْخُذُ
مَا لَا تَدْفَعُ مِنْهُ نَصِيبًا ، يَبْقَى مَالٌ لِأَنْصِبَاءَ ، تَدْفَعُ نِصْفَ بَاقِي ثَلَاثِهِ ، وَهُوَ سُدُسٌ لِأَنْصِيفِ
نَصِيبٍ ، يَبْقَى مِنَ الْمَالِ خَمْسَةُ أَسْدَاسٍ لِأَنْصِيفِ نَصِيبٍ ، تَدْفَعُ مِنْهَا رُبْعَ الْمَالِ ، يَبْقَى
ثُلُثُ الْمَالِ^(١٤) وَرُبْعُهُ لِأَنْصِيفِ نَصِيبٍ ، يَغْدِلُ ثَلَاثَةَ أَنْصِبَاءَ ، اجْبُرْ وَقَابِلْ وَقَلْبْ
وَحَوِّلْ ، يَكُنْ النَّصِيبُ سَبْعَةً ، وَالْمَالُ اثْنَيْنِ وَأَرْبَعِينَ ، ثُمَّ تَضْرِبُهَا فِي اثْنَيْنِ ، لِيُزَوَّلَ
الْكَسْرُ ، يَرْجِعُ إِلَى أَرْبَعَةٍ وَثَمَانِينَ .

فصل : فَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ الثَّالِثَةُ رُبْعَ مَا بَقِيَ مِنَ الْمَالِ بَعْدَ الْوَصِيَّتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ ،
فَاعْمَلْهَا بِطَّرِيقِ النَّصِيبِ ، كَمَا ذَكَرْنَا ، يَبْقَى مَعَكَ ثَلَاثَةُ أَشْهُمٍ وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ
سَهْمٍ^(١٥) تَغْدِلُ نَصِيبًا وَنِصْفًا ، ابْسُطْهَا^(١٥) أَرْبَاعًا ، تَكُنِ السَّهْمُ خَمْسَةَ عَشَرَ ،

(١٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، م .

(١٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٥) فِي م : ابْسُطْهُمَا .

والأَنْصِيَاءُ سِتَّةٌ ، تُؤَقَّقُهُمَا ^(١٦) وَتُرَدُّهُمَا إِلَى وَفَقِيهِمَا ، تَصِيرُ خُمُسَةٌ أَسْهُمٌ ، تُعْدَلُ
نَصِيبَيْنِ ، أَقْلَبَ وَاجْعَلِ النَّصِيبَ خُمُسَةً وَالسَّهْمَ اثْنَيْنِ ، وَابْسُطْ مَا مَعَكَ ، يَصِرُ سَبْعَةٌ
وَعِشْرِينَ ، فَادْفَعْ خُمُسَةً إِلَى صَاحِبِ النَّصِيبِ ، وَإِلَى الْآخِرِ نِصْفَ بَاقِيِ الثَّلَاثِ
سَهْمَيْنِ ، وَإِلَى الْآخِرِ رُبْعَ الْبَاقِيِ خُمُسَةً ، يَبْقَى خُمُسَةٌ عَشَرَ ، لِكُلِّ ابْنِ خُمُسَةٍ . وَهَذَا
الطَّرِيقُ أَخْصَرُ . وَإِنْ عَمِلْتَ بِالطَّرِيقِ الثَّانِي ، أَخَذْتَ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ ، فَتَقَصَصْتَ
سُدُسَهَا وَرُبْعَ الْبَاقِيِ ، يَبْقَى خُمُسَةٌ عَشَرَ ، فَهِيَ النَّصِيبُ ، ثُمَّ زِدْتَ عَلَى عَدَدِ الْبَيْنِ
سَهْمًا ، وَتَقَصَصْتَ نِصْفَهُ وَرُبْعَ الْبَاقِيِ ^(١٧) مِنْهُ ، يَبْقَى ثَلَاثَةُ أَثْمَانٍ ، رُدَّهَا عَلَى سِهَامِ
الْبَيْنِ ، تَكُنْ ^(١٨) ثَلَاثَةً ، وَثَلَاثَةُ أَثْمَانٍ ، تَضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، تَكُنْ أَحَدًا
وِثْمَانَيْنِ ، وَمِنْهَا نَصِيبُ ، وَبِالْجَبْرِ تُفْضِي إِلَى ذَلِكَ أَيْضًا .

فصل : وَإِنْ خَلَفَ أُمًّا وَأُخْتًا وَعَمًّا ، وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْعَمِّ ، وَسُدُسَ
/ مَا يَبْقَى ، وَلَا خَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْأُمِّ وَرُبْعَ مَا يَبْقَى ، وَلَا خَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْأُخْتِ وَثُلُثَ
مَا يَبْقَى ، فَاعْمَلْهَا بِالنَّكَوسِ ، وَقُلْ : أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ سِتَّةٌ ، فَأَبْدَأْ بِآخِرِ الْوَصَايَا ،
فَقُلْ : هَذَا مَالٌ ذَهَبَ ثُلُثُهُ ، فَرِذْ عَلَيْهِ نِصْفَهُ ثَلَاثَةً ، وَمِثْلُ نَصِيبِ الْأُخْتِ ثَلَاثَةً ، صَارَتْ
اِثْنِي عَشَرَ ، ثُمَّ قُلْ : هَذَا بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ رُبْعُهُ ، فَرِذْ عَلَيْهِ ^(١٩) ثُلُثُهُ ، وَمِثْلُ نَصِيبِ الْأُمِّ
سِتَّةٌ ، صَارَ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ^(٢٠) ، ثُمَّ قُلْ : هَذَا بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ سَبْعُهُ ، فَرِذْ عَلَيْهِ سُدُسَهُ ،
وَنَصِيبَ الْعَمِّ ، صَارَ اِثْنَيْنِ وَعِشْرِينَ ، وَمِنْهُ نَصِيبُ .

فصل : فِي الْإِسْتِثْنَاءِ ، إِذَا خَلَفَ ثَلَاثَةَ بَيْنِينَ ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمُ الْارْبَعِ
الْمَالِ ، فَخُذْ مَخْرَجَ الْكَسْرِ أَرْبَعَةً ، وَرِذْ عَلَيْهَا سَهْمًا ، تَكُنْ خُمُسَةً ، فَهَذَا النَّصِيبُ ،

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « تَوَافَقَهُمَا » .

(١٧) فِي ١ : « مَا بَقِيَ » .

(١٨) فِي م : « تَكْفَى » .

(١٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ١ .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : م .

وَزِدْ عَلَى عَدَدِ الْبَيْنِ وَاحِدًا ، وَاضْرِبْهُ فِي مَخْرَجِ الْكَسْرِ ، تَكُنْ سِتَّةَ عَشَرَ ، وَتُدْفَعُ إِلَى الْوَصِيِّ خَمْسَةٌ ، وَتُسْتَنْبَى مِنْهُ أَرْبَعَةٌ يَبْقَى لَهُ ^(٢١) سَهْمٌ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ خَمْسَةٌ . وَإِنْ شِئْتَ خَصَصْتَ كُلَّ ابْنٍ بِرُبْعٍ ، وَقَسَمْتَ الرُّبْعَ الْبَاقِيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ عَلَى أَرْبَعَةٍ . فَإِنْ قَالَ : إِلَّا رُبْعَ الْبَاقِي بَعْدَ النَّصِيبِ . فَرِذْ عَلَى سَهَامِ الْبَيْنِ سَهْمًا وَرُبْعًا ، وَاضْرِبْهُ فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ سَبْعَةَ عَشَرَ ، لِلْوَصِيِّ سَهْمَانِ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ خَمْسَةٌ . وَبِالْجَبْرِ ، تَأْخُذُ مَالًا ، وَتُدْفَعُ مِنْهُ نَصِيبًا إِلَى الْوَصِيِّ لَهُ ، وَتُسْتَنْبَى مِنْهُ رُبْعُ الْبَاقِي ، وَهُوَ رُبْعُ مَالِ الْأَرْبَعِ نَصِيبٍ ، صَارَ مَعَكَ مَالٌ وَرُبْعٌ إِلَّا نَصِيبًا وَرُبْعًا ، يَعْدِلُ أَنْصِبَاءُ الْبَيْنِ ، وَهِيَ ثَلَاثَةٌ ، اجْبُرْ وَقَابِلْ ، يَخْرُجِ النَّصِيبُ خَمْسَةٌ ، وَالْمَالُ سَبْعَةَ عَشَرَ . فَإِنْ قَالَ : إِلَّا رُبْعَ الْبَاقِي بَعْدَ الْوَصِيَّةِ . جَعَلْتَ الْمَخْرَجَ ثَلَاثَةً ، وَزِدْتَ عَلَيْهِ ثَلَاثَةً ، صَارَ أَرْبَعَةٌ ، فَهُوَ النَّصِيبُ ، وَتَرِيدُ عَلَى عَدَدِ الْبَيْنِ نَصِيبًا وَثَلَاثًا ، وَتَضْرِبْهُ فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ ثَلَاثَةَ عَشَرَ ، فَهُوَ الْمَالُ . وَإِنْ شِئْتَ قُلْتَ : الْمَالُ كُلُّهُ ثَلَاثَةُ أَنْصِبَاءٍ وَوَصِيَّةٌ ، وَالْوَصِيَّةُ هِيَ نَصِيبُ الْأَرْبَعِ الْبَاقِي بَعْدَهَا ، وَذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ نَصِيبٍ ، فَيَبْقَى رُبْعُ نَصِيبٍ ، فَهُوَ الْوَصِيَّةُ ، وَتَبَيَّنَ أَنَّ الْمَالَ كُلُّهُ ثَلَاثَةُ رُبْعٍ ، أَبْسَطُهَا ، تَكُنْ ثَلَاثَةَ عَشَرَ . وَلِهَذَا الْمَسَائِلُ طُرُقٌ سِوَى مَا ذَكَرْنَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : / أَوْصَيْتُ لَكَ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ بَنِيَّ إِلَّا ثُلُثَ مَا يَبْقَى مِنْ الثُّلُثِ . فَخُذْ مَخْرَجَ الْكَسْرِ ^(٢٢) ثُلُثَ الثُّلُثِ ، وَهُوَ تِسْعَةُ وَزِدْ عَلَيْهَا سَهْمًا ، تَكُنْ عَشْرَةً ، فَهِيَ النَّصِيبُ ، وَزِدْ عَلَى أَنْصِبَاءِ الْبَيْنِ سَهْمًا وَثَلَاثًا ، وَاضْرِبْ ذَلِكَ فِي تِسْعَةٍ ، تَكُنْ تِسْعَةً وَثَلَاثِينَ ، ادْفَعْ عَشْرَةً إِلَى الْوَصِيِّ ، وَاسْتَنْبِ مِنْهُ ثُلُثَ بَقِيَّةِ الثُّلُثِ سَهْمًا ، يَبْقَى لَهُ تِسْعَةٌ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ عَشْرَةٌ . وَإِنْ قَالَ : إِلَّا ثُلُثَ مَا يَبْقَى مِنَ الثُّلُثِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ . جَعَلْتَ الْمَالَ سِتَّةً ، وَزِدْتَ عَلَيْهَا سَهْمًا ، صَارَتْ سَبْعَةً ، فَهَذَا هُوَ النَّصِيبُ ، وَزِدْتَ عَلَى أَنْصِبَاءِ الْبَيْنِ سَهْمًا وَنِصْفًا ،

(٢١) فِي ١ ، م : هَمْ .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ .

وَصَرَبَتْهُ فِي سِتَّةَ ، صار سَبْعَةً وَعِشْرِينَ ، وَدَفَعَتْ إِلَى الْوَصِيِّ سَبْعَةً ، وَأَخَذَتْ مِنْهُ (٢٣) نِصْفَ بَقِيَّةِ الثُّلُثِ ، بَقِيَ مَعَهُ سِتَّةٌ ، وَبَقِيَ أَحَدُ وَعِشْرُونَ ، لِكُلِّ ابْنِ سَبْعَةٍ ، وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ، لِأَنَّ الثُّلُثَ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ هُوَ النِّصْفُ بَعْدَ النَّصِيبِ ، وَمَتَى أَطْلَقَ الْإِسْتِثْنَاءَ ، فَلَمْ يَقُلْ : بَعْدَ النَّصِيبِ وَلَا بَعْدَ (٢٤) الْوَصِيَّةِ . فَعِنْدَ الْجُمْهُورِ يُحْمَلُ عَلَى مَا بَعْدَ النَّصِيبِ ، وَعِنْدَ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ وَالْبَصْرِيِّينَ يَكُونُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : إِلَّا خُمْسَ مَا يَبْقَى مِنَ الْمَالِ بَعْدَ النَّصِيبِ ، وَلَا آخَرَ بِلُثْلٍ مَا يَبْقَى مِنَ الْمَالِ بَعْدَ وَصِيَّةِ الْأَوَّلِ ، فَخُذِ الْمَخْرَجَ (٢٥) خُمْسَةً ، وَزِدْ عَلَيْهَا خُمْسَهَا ، تَكُنْ سِتَّةً ، انْقُصْ ثُلُثَهَا مِنْ أَجْلِ الْوَصِيَّةِ بِالْثُلُثِ ، يَبْقَى أَرْبَعَةٌ ، فَهِيَ النَّصِيبُ ، ثُمَّ خُذْ سَهْمًا ، وَزِدْ عَلَيْهِ خُمْسَةً ، وَانْقُصْ مِنْ ذَلِكَ ثُلُثَهُ ، يَبْقَى أَرْبَعَةٌ أَخْمَاسُ ، زِدْهَا عَلَى أَنْصِبَاءِ الْبَنِينَ ، وَاضْرِبْهَا فِي خُمْسَةٍ ، تَصِيرُ تِسْعَةَ عَشَرَ ، فَهِيَ الْمَالُ ، اذْفَعْ إِلَى الْأَوَّلِ أَرْبَعَةً ، وَاسْتَنْ مِنْهُ خُمْسَ (٢٦) الْبَاقِي ثَلَاثَةً ، يَبْقَى مَعَهُ سَهْمٌ ، فَادْفَعْ إِلَى الْآخِرِ ثُلُثَ الْبَاقِي سِتَّةً ، يَبْقَى اثْنَا عَشَرَ ، لِكُلِّ ابْنِ أَرْبَعَةٍ . وَبِالْجَبْرِ خُذْ مَالًا ، وَالْقِيَ مِنْهُ نَصِيبًا ، وَاسْتَرْجِعْ مِنْهُ خُمْسَ الْبَاقِي ، يَصِيرُ مَعَكَ مَالٌ وَخُمْسُ الْأَنْصِبِيَّاتِ وَخُمْسًا ، الْقِيَ مِنْهُ (٢٧) ثُلُثَ ذَلِكَ ، يَبْقَى أَرْبَعَةٌ أَخْمَاسُ مَالٍ إِلَّا أَرْبَعَةَ أَخْمَاسِ نَصِيبٍ ، تَعْدِلُ ثَلَاثَةُ أَنْصِبَاءِ ، اجْبُرْ وَقَابِلْ وَابْسُطْ ، يَكُنِ الْمَالُ تِسْعَةَ عَشَرَ ، وَالنَّصِيبُ / أَرْبَعَةٌ . وَإِنْ شِئْتَ قُلْتَ : أَنْصِبَاءُ الْبَنِينَ ثَلَاثَةٌ ، وَهِيَ بَقِيَّةُ مَالِ ذَهَبَ ثُلُثُهُ ، فَرِدْ عَلَيْهِ نِصْفَهُ ، يَصِيرُ أَرْبَعَةَ أَنْصِبَاءَ وَنِصْفًا وَوَصِيَّةً ، وَالْوَصِيَّةُ هِيَ نَصِيبُ إِلَّا خُمْسَ الْبَاقِي ، وَهُوَ نِصْفُ نَصِيبٍ وَخُمْسُ (٢٨) نَصِيبٍ ، وَخُمْسُ (٢٨) وَصِيَّةٍ ، أَسْقِطْهُ مِنَ النَّصِيبِ ، يَبْقَى خُمْسُ نَصِيبٍ وَعَشْرُ

و ١٦/٦

(٢٣) فِي م : « وَاحِدَةٌ مِنْ » .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : أ ، م .

(٢٥) فِي م : « الْجَمِيعُ » .

(٢٦) فِي م : « خُمْسَةٌ » .

(٢٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ .

(٢٨) ٢٨ - ٢٨ سَقَطَ مِنْ : م .

نَصِيبٍ إِلَّا خُمْسَ وَصِيَّةٍ ، تُعْدِلُ وَصِيَّةً ، اجْبَرِ وَقَابِلِ وَابْسُطْ ، تُصِرُّ ثَلَاثَةً مِنْ النَّصِيبِ ، تُعْدِلُ اثْنَيْ عَشَرَ سَهْمًا مِنَ الْوَصِيَّةِ ، وَهِيَ تَتَفَقُّ بِالْأَثَلَاثِ ، فَرُدُّهَا عَلَى وَفْقِهَا ، تُصِرُّ سَهْمًا ، يَعْدِلُ أَرْبَعَةً ، فَالْوَصِيَّةُ سَهْمٌ ، وَالنَّصِيبُ أَرْبَعَةٌ ، فَابْسُطْهَا ، تَكُنْ تِسْعَةً (٢٩) عَشَرَ . فَإِنْ كَانَ اسْتِثْنَاءُ بَعْدِ الْوَصِيَّةِ ، قُلْتُ : الْمَالُ أَرْبَعَةُ أَسْهُمٍ وَنِصْفُ وَصِيَّةٍ ، وَهِيَ نَصِيبٌ إِلَّا خُمْسَ الْبَاقِي ، وَهُوَ تِسْعَةُ أَعْشَارٍ نَصِيبٌ ، يَبْقَى عَشْرُ نَصِيبٍ ، فَهُوَ الْوَصِيَّةُ . فَابْسُطِ الْكُلَّ أَعْشَارًا تَكُنْ الْأَنْصِبَاءُ خَمْسَةً وَأَرْبَعِينَ ، وَالْوَصِيَّةُ سَهْمٌ . وَإِنْ كَانَ اسْتِثْنَى خُمْسَ الْمَالِ كُلِّهِ ، فَالْوَصِيَّةُ عَشْرُ نَصِيبٍ إِلَّا خُمْسَ وَصِيَّةٍ ، اجْبَرِ يَصِرُ الْعَشْرُ يَعْدِلُ وَصِيَّةً وَخُمْسًا ، ابْسُطْ يَصِرُ النَّصِيبُ سِتِّينَ ، وَالْوَصِيَّةُ خَمْسَةً ، وَالْمَالُ كُلُّهُ مِائَتَانِ وَخَمْسَةٌ وَسَبْعُونَ ، أَلْقِ مِنْهَا سِتِّينَ ، وَاسْتَزِجْ مِنْهُ خُمْسَ الْمَالِ ، وَهُوَ خَمْسَةٌ وَخُمْسُونَ ، يَبْقَى لَهُ خَمْسَةٌ ، وَلِلْآخِرِ ثَلَاثًا الْبَاقِي تَسْعُونَ ، وَيَبْقَى مِائَةٌ وَثَمَانُونَ ، لِكُلِّ ابْنِ سِتُّونَ ، وَتَرْجِعُ بِالْاِخْتِصَارِ إِلَى خُمْسِهَا ، وَذَلِكَ خَمْسَةٌ وَخُمْسُونَ ، لِلْوَصِيِّ الْأَوَّلِ سَهْمٌ ، وَلِلثَانِي ثَمَانِيَّةُ عَشَرَ ، وَلِكُلِّ ابْنِ اثْنَا عَشَرَ . وَبِالْجَبْرِ ، تَأْخُذُ مَا لَا تُلْقَى مِنْهُ نَصِيبًا ، وَتَزِيدُ عَلَى الْمَالِ خَمْسَةً ، يَصِرُ مَالًا وَخُمْسًا إِلَّا نَصِيبًا ، أَلْقِ ثُلُثَ ذَلِكَ ، يَبْقَى أَرْبَعَةُ أَخْمَاسٍ مَالٍ إِلَّا ثُلُثِي نَصِيبٍ ، يَعْدِلُ ثَلَاثَةً ، اجْبَرِ وَقَابِلِ وَابْسُطْ ، يَكُنِ الْمَالُ ثَمَانِيَّةُ عَشَرَ وَثَلَاثًا ، اضْرِبْهَا فِي ثَلَاثَةٍ ، لِيُزُولَ الْكَسْرُ ، يَصِرُ خَمْسَةً وَخُمْسِينَ . وَإِنْ كَانَ اسْتِثْنَى الْخُمْسَ كُلَّهُ ، وَأَوْصَى بِالثُلُثِ كُلِّهِ ، فَخُذْ مَخْرَجَ الْكَسْرَيْنِ / خَمْسَةَ عَشَرَ ، وَزِدْ عَلَيْهَا خُمْسَهَا ، ثُمَّ انْقُصْ ثُلُثَ الْمَالِ كُلِّهِ ، يَبْقَى ثَلَاثَةُ عَشَرَ ، فَهِيَ النَّصِيبُ ، وَزِدْ عَلَى أَنْصِبَاءِ الْبَيْنِ سَهْمًا ، وَاضْرِبْهُ فِي الْمَالِ ، يَكُنْ سِتِّينَ ، وَهُوَ الْمَالُ . وَإِنْ كَانَ اسْتِثْنَى خُمْسَ الْبَاقِي ، وَأَوْصَى بِثُلُثِ الْمَالِ كُلِّهِ ، فَالْعَمَلُ كَذَلِكَ ، إِلَّا أَنَّكَ تَزِيدُ عَلَى سِهَامِ الْبَيْنِ سَهْمًا وَخُمْسًا ، وَتَضْرِبُهَا ، تَكُنْ ثَلَاثَةً وَسِتِّينَ ، فَإِنْ كَانَ اسْتِثْنَى خُمْسَ مَا بَقِيَ مِنَ الثُّلُثِ ، زِدْتَ عَلَى الْخَمْسَةِ عَشَرَ سَهْمًا وَاحِدًا ، فَصَارَتْ سِتَّةَ عَشَرَ ، ثُمَّ نَقَصْتَ ثُلُثَ الْمَالِ كُلِّهِ ، بَقِيَ أَحَدُ عَشَرَ ، فَهِيَ النَّصِيبُ ، ثُمَّ زِدْتَ

١٦/٦ ظ

على (٣٠) سَهَامِ الْبَيْنَيْنِ سَهْمًا وَخُمْسًا ، وَضَرَبْتُهَا فِي خُمْسَةِ عَشَرَ ، تَكُنْ ثَلَاثَةً وَسِتِّينَ ، تُدْفَعُ إِلَى الْوَصِيِّ الْأَوَّلِ أَحَدَ عَشَرَ ، وَتُسْتَنْبَى مِنْهُ خُمْسُ بَقِيَّةِ الثَّلَاثِ سَهْمَيْنِ ، يَبْقَى مَعَهُ تِسْعَةٌ ، وَتُدْفَعُ إِلَى صَاحِبِ الثَّلَاثِ إِحْدَى وَعِشْرِينَ ، يَبْقَى ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ ، لِكُلِّ ابْنِ أَحَدَ عَشَرَ ، فَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ الثَّانِيَةُ بِثُلْثِ بَاقِي الْمَالِ ، زِدَتْ عَلَى الْخُمْسَةِ عَشَرَ وَاحِدًا ، ثُمَّ نَقَصْتُ ثُلْثَ السِّتَةِ عَشَرَ ، وَلَا ثُلْثَ لَهَا ، فَاضْرِبْهَا فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةً وَأَرْبَعِينَ ، انْقُصْ ثُلُثَهَا ، يَبْقَى اثْنَانِ وَثَلَاثُونَ ، فَهِيَ النَّصِيبُ ، وَخُذْ سَهْمًا ، وَزِدْ عَلَيْهِ خُمْسَهُ ، ثُمَّ انْقُصْ ثُلْثَ ذَلِكَ مِنْ أَجْلِ الْوَصِيَّةِ بِثُلْثِ الْبَاقِي ، يَبْقَى أَرْبَعَةُ أَخْمَاسٍ ، زِدْهَا عَلَى سَهَامِ الْوَرِثَةِ ، وَاضْرِبْهَا فِي خُمْسَةٍ وَأَرْبَعِينَ ، تَكُنْ مِائَةً وَإِحْدَى وَسَبْعِينَ . وَمِنْهَا تَصِيحٌ .

فصل : فَإِنْ خَلَفَ أَرْبَعَةُ بَيْنَيْنِ ، وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلْثِ مَالِهِ إِلَّا نَصِيبَ أَحَدِهِمْ ، أَوْ أَوْصَى لَهُ بِتَكْمِلَةِ الثَّلَاثِ عَلَى نَصِيبِ أَحَدِهِمْ ، فَلَهُ التَّسْعُ . وَحِسَابُهَا أَنْ تُدْفَعَ إِلَى الْوَصِيِّ وَابْنِ ثُلْثِ الْمَالِ ، يَبْقَى ثَلَاثَاهُ لثَلَاثَةِ بَيْنَيْنِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ تِسْعَانِ ، فَعَلِمْتُ أَنَّ نَصِيبَ الْإِبْنِ مِنَ الثَّلَاثِ تِسْعَانِ ، يَبْقَى تِسْعٌ لِلْوَصِيِّ . وَإِنْ وَصَّى لِآخَرَ بِخُمْسٍ مَا يَبْقَى مِنَ الْمَالِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ الْأُولَى ، عَزَلْتُ ثُلْثَ الْمَالِ ، ثُمَّ أَخَذْتُ مِنْهُ نَصِيبًا ، وَرَدَدْتُهُ عَلَى الثَّلَاثَيْنِ ، وَدَفَعْتُ إِلَى الْوَصِيِّ الثَّانِي خُمْسَ ذَلِكَ ، يَبْقَى مِنَ الْمَالِ ثُلُثُهُ وَخُمْسُهُ وَأَرْبَعَةُ أَخْمَاسٍ نَصِيبٌ لِلْوَرِثَةِ ، فَأَسْقِطُ / أَرْبَعَةَ أَخْمَاسٍ نَصِيبًا بِمِثْلِهَا ، يَبْقَى لَهُ (٣١) ثُلُثُهُ (٣٢) وَخُمْسٌ ، تَعْدِلُ ثُلُثًا وَخُمْسًا ، فَنُصَفُ الْمَالِ إِذَا يَعْدِلُ ثَلَاثَةُ أَنْصِبَاءَ ، وَالْمَالُ كُلُّهُ سِتَّةٌ لِلْوَصِيِّينَ وَالْبَيْنَيْنِ لِكُلِّ وَاحِدٍ سَهْمٌ . (طَرِيقُ آخَرُ) سَهَامُ الْبَيْنَيْنِ أَرْبَعَةٌ ، وَهِيَ بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ خُمْسُهُ ، فَرَدُّ عَلَيْهِ رُبْعُهُ لِلْوَصِيِّ الثَّانِي ، صَارَتْ خُمْسَةً ، ثُمَّ زِدْ عَلَى سَهْمِ ابْنِ مَا يَكْمُلُ بِهِ الثَّلَاثَ ، وَهُوَ سَهْمٌ آخَرُ فَصَارَتْ سِتَّةٌ . وَإِنْ شِئْتَ فَرَضْتُ الْمَالَ خُمْسَةً أَسْهُمُ وَتَكْمِلَةً ،

و ١٧/٦

(٣٠) سقط من : م .

(٣١) سقط من : الأصل .

(٣٢) في ١ ، م : : ثَلَاثَةٌ .

وَدَفَعْتُ التَّكْمِلَةَ إِلَى صَاحِبِهَا ، وَخُمْسَ الْبَاقِي إِلَى صَاحِبِهِ ، وَيَقَى لِكُلِّ ابْنِ سَهْمٍ .
وَقَدْ عَلِمْتُ أَنَّ سَهْمَ ابْنِ مَعَ التَّكْمِلَةَ ثُلُثُ الْمَالِ ، وَأَنَّ الْبَاقِيَ بَعْدَهُمَا الثُّلَاثَانِ ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ
أَسْهُمٍ ، فَقَابِلُ بَهِمَا^(٣٣) نِصْفَ الْأَرْبَعَةِ ، وَهِيَ سَهْمَانِ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ التَّكْمِلَةَ سَهْمٌ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ ابْنَيْهِ ، وَهُمْ ثَلَاثَةٌ ، وَلَا خَرَّ بَثْلُ مَا يَمْنَى
مِنَ الثُّلُثِ ، وَلَا خَرَّ بِدَرْهِمٍ ، فَاجْعَلِ الْمَالَ تِسْعَةَ دَرَاهِمٍ وَثَلَاثَةَ أَنْصِبَاءَ^(٣٤) ، فَادْفَعْ إِلَى
الْوَصِيِّ الْأَوَّلِ نَصِيبًا ، وَإِلَى الثَّانِي وَالثَّالِثِ دِرْهَمَيْنِ ، يَبْقَى سَبْعَةٌ وَنَصِيبَانِ ، اذْفَعْ
نَصِيبَيْنِ إِلَى ابْنَيْنِ ، يَبْقَى سَبْعَةٌ لِلابْنِ الثَّالِثِ ، فَالنَّصِيبُ سَبْعَةٌ ، وَالْمَالُ ثَلَاثُونَ ، فَإِنْ
كَانَتِ الْوَصِيَّةُ الثَّالِثَةُ بِدِرْهَمَيْنِ ، فَالنَّصِيبُ سِتَّةٌ وَالْمَالُ سَبْعَةٌ وَعِشْرُونَ .

فصل : وَإِنْ تَرَكَ سِتْمَائَةً ، وَوَصَّى لِأَجْنَبِيٍّ بِمَائَةٍ ، وَلَا خَرَّ بِتَمَامِ الثُّلُثِ ، فَلِكُلِّ
وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةٌ ، فَإِنْ رَدَّ الْأَوَّلُ وَصِيَّتَهُ فَلِلْآخِرِ مِائَةٌ . وَإِنْ وَصَّى لِلأَوَّلِ بِمِائَتَيْنِ ،
وَلِلْآخِرِ بِبَاقِي الثُّلُثِ ، فَلَا شَيْءَ لِلثَّانِي ، سِوَا رَدِّ الْأَوَّلِ وَصِيَّتِهِ أَوْ أَجَازَهَا . وَهَذَا قِيَاسُ
قَوْلِ الشَّافِعِيِّ ، وَأَهْلُ الْبَصْرَةِ . وَقَالَ أَهْلُ الْعِرَاقِ : إِنْ رَدَّ الْأَوَّلُ ، فَلِلثَّانِي مِائَتَانِ فِي
الْمَسْأَلَتَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمِائَتَيْنِ لَيْسَتْ بِبَاقِي الثُّلُثِ ، وَلَا تَعْتَمِدُ ، فَلَا يَكُونُ مُوَصَّى بِهَا
لِلثَّانِي ، كَمَا لَوْ قَبِلَ الْأَوَّلُ . وَلَوْ وَصَّى لِوَارِثٍ بِثُلَاثِهِ ، وَلَا خَرَّ بِتَمَامِ الثُّلُثِ ، فَلَا شَيْءَ
لِلثَّانِي . وَعَلَى قَوْلِ أَهْلِ الْعِرَاقِ ، لَهُ الثُّلُثُ كَامِلًا .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ ، وَلَا خَرَّ بِمَائَةٍ / ، وَلِلثَّالِثِ بِتَمَامِ الثُّلُثِ عَلَى
الْمِائَةِ ، وَلَمْ يَزِدِ الثُّلُثَ عَلَى مِائَةٍ ، بَطَلَتْ وَصِيَّةُ التَّمَامِ . وَإِنْ زَادَ عَلَى مِائَةٍ ، وَأَجَازَ
الْوَرَثَةَ ، أَمْضِيَتْ وَصَايَاهُمْ عَلَى مَا أَوْصَى لَهُمْ بِهِ . وَإِنْ رَدُّوا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ،
يُرَدُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى نِصْفِ وَصِيَّتِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَصَايَا رَجَعَتْ إِلَى نِصْفِهَا ، فَيَدْخُلُ
النَّقْصُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ مَالِهِ فِي الْوَصِيَّةِ ، كَسَائِرِ الْوَصَايَا . وَالثَّانِي ، لَا شَيْءَ

(٣٣) فِي م : سَهْمَانِ .

(٣٤) فِي م : أَيْضًا .

لصاحب التمام حتى تكمل المائة لصاحبها ، ثم يكون الثلث بين الوصيين الآخرين نصفين ، ويُزاحم صاحب المائة صاحب (٣٥) التمام ، ولا يُعطيه شيئاً ؛ لأنه إنما يستحق بعد تمام المائة لصاحبها ، وما تَمَّتْ له . ويجوز أن يُزاحم به ولا يُعطيه ، كالأخ من الأبوين ، يُزاحم الجد بالأخ من الأب ، ولا يُعطيه شيئاً .

٩٦٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَى لِزَيْدٍ بِنِصْفِ مَالِهِ ، وَلِعَمْرٍو بِرُبْعِ مَالِهِ ، وَلَمْ يُعْزِزْ ذَلِكَ الْوَرَثَةَ ، فَالْثُلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ . لِعَمْرٍو سَهْمٌ ، وَلِزَيْدٍ سَهْمَانِ)

وجملته أنه إذا أوصى بأجزاء من المال ، أخذتها من مخرجها ، وقسمت الباقي على الورثة . وإن لم يُعْزِزُوا ، قسمت الثلث بين الأوصياء على قدر سيهايمهم ، في حال الإجازة ، وقسمت الثلثين على الورثة ، ولا فرق بين أن يكون في (١) الموصى لهم من تجاوز وصيته الثلث أو لا . هذا قول الجمهور ، منهم ؛ الحسن ، والنخعي ، ومالك ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة ، وأبو ثور ، وابن المنذر : لا يضرب الموصى له في حال الرد بأكثر من الثلث ؛ لأن ما جاوز الثلث باطل ، فكيف يضرب به ؟ ولنا ، أنه (٢) فاضل بينهما في الوصية فلم تجز التسوية ، كما لو وصى بثلث وربع ، أو بمائة ومائتين ، وماله أربعمائة . وهذا يبطل ما ذكروه ، ولأنها وصية صحيحة ، ضاق عنها الثلث ، فتقسم (٣) بينهم على قدر الوصايا ، كالثلث والرابع . وليس الأمر على ما قالوه في بطلان الوصية ، فإن الوصية صحيحة على ما ذكرناه فيما مضى . فعلى هذا إذا أوصى / لِزَيْدٍ بِنِصْفِ مَالِهِ ، وَلِعَمْرٍو بِرُبْعِهِ ، فَلِلْمَوْصَى لهما ثلاثة أرباع المال ، إن أجاز

و ١٨/٦

(٣٥) في الأصل : « بصاحب » .

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « أن » .

(٣) في الأصل ، ١ : « فقسم » .

الْوَرْتَةُ ، وَيَبْقَى لَهُمُ الرُّبْعُ . وَإِنْ رَدُّوا ، فَالْثُلُثُ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَالْمَسْأَلَةُ كُلُّهَا مِنْ تِسْعَةٍ . وَإِنْ أَجَازُوا لِأَحَدِهِمَا دُونَ صَاحِبِهِ ، ضَرَبْتَ مَسْأَلَةَ الرَّدِّ فِي مَسْأَلَةِ الْإِجَازَةِ ، وَأَعْطَيْتَ الْمُجَازِلَ سَهْمَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الْإِجَازَةِ فِي مَسْأَلَةِ الرَّدِّ ، وَالْمَرْدُودَ عَلَيْهِ سَهْمَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الرَّدِّ مَضْرُوبًا فِي مَسْأَلَةِ الْإِجَازَةِ . وَإِنْ أَجَازَ بَعْضُ الْوَرْتَةِ لَهَا ، وَرَدَّ الْبَاقُونَ عَلَيْهِمَا ، أَعْطَيْتَ الْمُجِيزَ سَهْمَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الْإِجَازَةِ فِي مَسْأَلَةِ الرَّدِّ ، وَمَنْ لَمْ يُجِزْ سَهْمَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الرَّدِّ مَضْرُوبًا فِي مَسْأَلَةِ الْإِجَازَةِ ، وَقَسَمْتَ الْبَاقِيَ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ . وَإِنْ اتَّفَقَتِ الْمَسْأَلَتَانِ ، ضَرَبْتَ وَفَقَ إِحْدَاهُمَا فِي الْأُخْرَى ، وَمَنْ لَهُ سَهْمٌ مِنْ إِحْدَى الْمَسْأَلَتَيْنِ مَضْرُوبٌ فِي وَفَقِ الْأُخْرَى . وَإِنْ دَخَلَتْ إِحْدَى الْمَسْأَلَتَيْنِ فِي الْأُخْرَى ، اجْتَزَأَتْ بِأَكْثَرِهِمَا ، فَفِي مَسْأَلَةِ الْخِرْقَى هَذِهِ ، إِذَا كَانَ الْوَرْتَةُ أُمًّا وَثَلَاثَ أَخَوَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ^(٤) ، فَأَجَازُوا ، فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ أَرْبَعَةٍ ، لِلْوَصِيِّينَ ثَلَاثَةٌ ، يَبْقَى سَهْمٌ عَلَى سِتَّةٍ ، تَضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرِينَ . وَإِنْ رَدُّوا فَلِلْوَصِيِّينَ الثُّلُثُ ثَلَاثَةٌ ، وَيَبْقَى سِتَّةٌ عَلَى الْمَسْأَلَةِ وَهِيَ سِتَّةٌ ؛ فَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ . وَإِنْ أَجَازُوا لِصَاحِبِ النِّصْفِ وَحْدَهُ ، ضَرَبْتَ وَفَقَ التَّسْعَةِ فِي أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، تَكُنْ اثْنَيْنِ وَسَبْعِينَ ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ اثْنًا وَعِشْرِينَ فِي ثَلَاثَةِ سِتَّةٍ وَثَلَاثُونَ ، وَلِلْآخِرِ سَهْمٌ فِي ثَمَانِيَةٍ ، يَبْقَى ثَمَانِيَةً وَعِشْرُونَ لِلْوَرْتَةِ . وَإِنْ أَجَازَتِ الْأُمُّ لَهَا وَرَدَّ الْبَاقُونَ عَلَيْهِمَا ، أَعْطَيْتِ الْأُمَّ سَهْمًا فِي ثَلَاثَةٍ ، وَالْبَاقِينَ خُمُسَةَ أَسْهُمٍ فِي ثَمَانِيَةٍ ، صَارَ الْجَمِيعُ ثَلَاثَةً وَأَرْبَعِينَ ، يَبْقَى تِسْعَةً وَعِشْرُونَ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ . وَإِنْ أَجَازَتِ الْأُخْتُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ وَحْدَهَا^(٥) ، فَلَهَا تِسْعَةٌ^(٦) وَبِالْبَاقِي الْوَرْتَةُ^(٧) أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ ، وَيَبْقَى تِسْعَةٌ وَثَلَاثُونَ لَهَا عَلَى ثَلَاثَةٍ ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ سِتَّةٌ وَعِشْرُونَ ، وَلِلْآخِرِ ثَلَاثَةُ عَشَرَ .

(٤) فِي م : « متفرقات » .

(٥) فِي م : « وحدها » تصحيف .

(٦ - ٧) فِي م : « والباقي للورثة » .

فصل: إذا جاوزت الوصايا المال ، فاقسم المال بينهم على قدر وصاياهم ، / مثل العول ، واجعل وصاياهم كالفروض التي فرضها الله تعالى للورثة ، إذا زادت على المال . وإن ردوا ، قسمت الثلث بينهم على تلك السهام . وهذا قول النخعي ، ومالك ، والشافعي . قال سعيد بن منصور^(٧) : حدثنا أبو معاوية ، حدثنا أبو^(٨) عاصم الثقفى قال : قال لي إبراهيم النخعي : ما تقول في رجل أوصى بنصف ماله ، وثلث ماله ، ورُبْع ماله ؟ قلت : لا يجوز . قال : فإنهم قد أجازوا . قلت : لا أدري ؟ قال : أمسك اثنى عشر ، فأخرج نصفها ستة ، وثلثها أربعة ، ورُبْعها ثلاثة ، فاقسم المال على ثلاثة عشر ، فلصاحب النصف ستة ، ولصاحب الثلث أربعة ، ولصاحب الربع ثلاثة . وكان أبو حنيفة يقول : يأخذ أكثرهم وصية ما^(٩) يفضل به على من دونه ، ثم يقتسمون الباقي ، إن أجازوا ، وفي الرد لا يضرب لأحد^(١٠) بأكثر من الثلث ، وإن نقص بعضهم عن الثلث ، أخذ أكثرهم ما يفضل به على من دونه . ومثال ذلك ، رجل أوصى بثلثي ماله ونصفه وثلثه ، فالمال بينهم على تسعة في الإجازة ، والثلث بينهم كذلك في الرد ، كمسألة فيها زوج وأختان لأب وأختان للأم . وقال أبو حنيفة : صاحب الثلثين يفضلهما بسدس ، فيأخذه ، وهو وصاحب النصف يفضلان صاحب الثلث بسدس ، فيأخذانه بينهما نصفين ، ويقتسمون الباقي بينهم أثلاثا . وتصيح من ستة وثلاثين ، لصاحب الثلثين سبعة عشر ، ولصاحب النصف أحد عشر ، ولصاحب الثلث ثمانية . وإن ردوا قسم بينهم على ثلاثة . ولو أوصى لرجل بجميع ماله ، ولاخر بثلثه ، فالمال بينهما على أربعة إن أجازوا ، والثلث بينهما كذلك في حال الرد . وعند أبي حنيفة : إن أجازوا فلصاحب المال الثلثان ، يتفرد بهما ، ويقاسم صاحب الثلث ، فيحصل له خمسة أسداس ، ولصاحب الثلث السدس ،

(٧) في : باب الرجل يوصى للرجل فيموت الموصى له . السنن ١١٦/١ .

(٨) سقط من : م .

(٩) في م : « مما » .

(١٠) في م : « لأحدهم » .

وإن رُدُّوا ، اُقتَسَمَا الثُّلُثَ نِصْفَيْنِ ، فَلَا يَخْصُلُ لِصَاحِبِ الثُّلُثِ إِلَّا السُّدُسُ فِي الْإِجَازَةِ
وَالرَّدِّ جَمِيعًا . وَلَوْ جَعَلَ مَكَانَ الثُّلُثِ سُدُسًا / ، لَكَانَ لِصَاحِبِ الْمَالِ خُمُسَةٌ
أُسْدَاسٌ^(١١) فِي الْإِجَازَةِ ، وَيُقَاسِمُ صَاحِبَ السُّدُسِ ، فَيَأْخُذُ نِصْفَهُ ، وَيَبْقَى
لِصَاحِبِ السُّدُسِ نِصْفُهُ سَهْمٌ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ . وَفِي الرَّدِّ ، يَقْتَسِمَانِ الثُّلُثَ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا ،
فَيَجْعَلُ لِصَاحِبِ السُّدُسِ الثُّلُثَ سَهْمٌ مِنْ تِسْعَةٍ ، وَذَلِكَ أَكْثَرُ مِمَّا حَصَلَ لَهُ فِي
الْإِجَازَةِ ، وَهَذَا دَلِيلٌ عَلَى فَسَادِ هَذَا الْقَوْلِ ، لِزِيَادَةِ سَهْمِ الْمُوصَى لَهُ فِي الرَّدِّ عَلَى حَالِهِ
الْإِجَازَةِ ، وَمَتَى كَانَ لِلْمُوصَى لَهُ^(١٢) حَقٌّ فِي حَالِ الرَّدِّ ، لَا يَتَّبَعِي أَنْ يَتِمَّكَنَ الْوَارِثُ
مِنْ تَغْيِيرِهِ ، وَلَا تَنْقِيصِهِ ، وَلَا أَخْذِهِ مِنْهُ ، وَلَا صَرْفِهِ إِلَى غَيْرِهِ ، مَعَ أَنَّ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ
الْجُمْهُورُ نَظِيرُهُ مَسَائِلُ الْعَوْلِ فِي الْفَرَائِضِ ، وَالذُّيُونِ عَلَى الْمُفْلِسِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ لَا
نَظِيرَ لَهُ ، مَعَ أَنَّ فَرَضَ اللَّهِ تَعَالَى لِلْوَارِثِ آكَدٌ مِنْ فَرَضِ الْمُوصَى وَوَصِيَّتِهِ ، ثُمَّ إِنَّ صَاحِبَ
الْفَضْلِ^(١٣) فِي الْفَرَضِ^(١٤) الْمَفْرُوضِ ، لَا يَنْفَرِدُ بِفَضْلِهِ ، فَكَذَا فِي الْوَصَايَا .

فصل : وَإِذَا خَلَفَ ابْنَيْنِ ، وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِمَالِهِ كُلِّهِ ، وَلِلْآخَرِ بِنِصْفِهِ ، فَالْمَالُ بَيْنَ
الْوَصِيَّيْنِ عَلَى ثَلَاثَةٍ إِنْ أَجَازَا ؛ لِأَنَّكَ إِذَا بَسَطْتَ الْمَالُ مِنْ جِنْسِ الْكَسْرِ ، كَانَ نِصْفَيْنِ ،
فَإِذَا ضَمَمْتَ النِّصْفَ الْآخَرَ ، صَارَتْ ثَلَاثَةٌ ، فَيُقَسَّمُ الْمَالُ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَيَصِيرُ النِّصْفُ
ثُلُثًا ، كَمَسْأَلَةِ فَيَازُوجٍ وَأُمٍّ وَثَلَاثِ أَخَوَاتٍ مُفْتَرَقَاتٍ^(١٥) ، فَإِنْ رُدُّوا ، فَالْثُلُثُ بَيْنَهُمَا
عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَإِنْ أَجَازَا لِصَاحِبِ النِّصْفِ وَحْدَهُ ، فَلِصَاحِبِ الْمَالِ الثُّلُثَيْنِ ،
وَلِصَاحِبِ النِّصْفِ الثُّلُثُ فِي أَحَدٍ^(١٦) الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ مُوصَى لَهُ بِهِ ، وَلِأَنَّمَا مَنَعَهُ
أَخْذَهُ فِي^(١٧) حَالِ الْإِجَازَةِ لِهَمَا ، مُزَاحِمَةٌ صَاحِبِهِ ، فَإِذَا زَالَتْ مُزَاحِمَتُهُ ، أَخَذَ جَمِيعَ

(١١) فِي الْأَصْلِ : « أُسْدَاسُهُ » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٣ - ١٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ١ .

(١٥) فِي م : « مُفْتَرَقَاتٍ » .

(١٦) فِي م : « إِحْدَى » .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، م .

وَصِيَّتِهِ . والثاني ، ليس له إِلَّا التُّلْتُ الذي كان له في حالِ الإجازَةِ لهما ؛ لأنَّ ما زادَ على ذلك إنما كان حَقًّا لِصَاحِبِ المَالِ ، أَخَذَهُ الْوَرَثَةُ مِنْهُ بِالرَّدِّ عَلَيْهِ ، فَيَأْخُذُهُ ^(١٧) الْوَارِثَانِ . وَإِنْ أَجَازَ ^(١٨) لِصَاحِبِ الْكُلِّ وَحْدَهُ ، فَلَهُ ثَمَانِيَةُ أَتْسَاعٍ عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ وَالتُّسْعُ لِلْآخِرِ ، وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ إِلَّا التُّلْتَانِ اللَّذَانِ كَانَا لَهُ فِي ^(١٩) حَالِ / الإجازَةِ لهما ، وَالتُّسْعَانِ لِلْوَرَثَةِ . فَإِنْ أَجَازَ أَحَدُ الْابْنَيْنِ لهما دُونَ الْآخَرِ ، فَلَا شَيْءَ لِلْمُجِيزِ ، وَلِلْآخَرِ التُّلْتُ ، وَالتُّلْتَانِ بَيْنَ الْوَصِيَّيْنِ عَلَى أَرْبَعَةٍ . وَإِنْ أَجَازَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِ المَالِ وَحْدَهُ ، فَلِلْآخَرِ التُّسْعُ ، وَلِلْآخَرِ التُّلْتُ ، وَالباقى لِصَاحِبِ المَالِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ لَهُ أَرْبَعَةُ أَتْسَاعٍ ، وَالتُّسْعُ الْبَاقِي لِلْمُجِيزِ . وَإِنْ أَجَازَ لِصَاحِبِ النِّصْفِ وَحْدَهُ ، دَفَعَ إِلَيْهِ نِصْفَ مَا يَتِمُّ بِهِ النِّصْفُ ، وَهُوَ تِسْعٌ وَنِصْفُ سُدُسٍ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِي الْآخَرِ يَدْفَعُ إِلَيْهِ التُّسْعُ ، فَيَصِيرُ لَهُ تِسْعَانِ ، وَلِصَاحِبِ المَالِ تِسْعَانِ ، وَلِلْمُجِيزِ تِسْعَانِ ، وَالتُّلْتُ لِلَّذِي لَمْ يُجِزْ . وَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ تَصِحُّ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ ، لِلَّذِي لَمْ يُجِزْ اثْنَا عَشَرَ ، وَلِلْمُجِيزِ خَمْسَةَ ، وَلِصَاحِبِ النِّصْفِ أَحَدَ عَشَرَ ، وَلِصَاحِبِ المَالِ ثَمَانِيَةَ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ مَسْأَلَةَ الرَّدِّ مِنْ تِسْعَةٍ ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ مِنْهَا سَهْمٌ ، فَلَوْ أَجَازَ لَهُ الْابْنَانِ ، كَانَ لَهُ تَمَامُ النِّصْفِ ثَلَاثَةَ وَنِصْفٍ . فَإِذَا أَجَازَ لَهُ أَحَدُهُمَا ، لَزِمَهُ نِصْفُ ذَلِكَ ، وَهُوَ سَهْمٌ وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ سَهْمٍ ، فَيُضْرَبُ مَخْرَجُ الرَّبْعِ فِي تِسْعَةٍ ، يَكُونُ سِتَّةً وَثَلَاثِينَ .

٩٦٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَى لَوْلَدٍ فَلَا يَنْ ، فَهُوَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى بِالسَّوِيَّةِ . وَإِنْ قَالَ : لِبَيْنِهِ . فَهُوَ لِلذَّكَورِ دُونَ الْإِنَاثِ)

أَمَّا إِذَا أَوْصَى لَوْلَدِهِ ، أَوْ لَوْلَدٍ فَلَا يَنْ ، فَإِنَّهُ لِلذَّكَورِ وَالْإِنَاثِ وَالْحَنَائِ . لَا خِلَافَ

(١٧) ق م : « فآخذه » .

(١٨) ق ١ م : « أجاز » .

(١٩) سقط من : الأصل ، م .

في ذلك ؛ لأنَّ الاسمَ يَشْمَلُ الجَمِيعَ . قال اللهُ تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾^(١) . وقال تعالى : ﴿ مَا آتَاكُمُ اللهُ مِنْ وَلَدٍ ﴾^(٢) . نفى^(٣) الذَّكَرَ وَالْأُنثَى جَمِيعًا ، وإن قال : لِبَنِيَّ ، أو بَنِي فُلَانٍ . فهو لِلذَّكَرِ دونَ الْإِنَاثِ وَالْحَنَاتِي . هذا قولُ الجُمهُورِ . وبه قال الشافعيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وقال الحَسَنُ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ : هو لِلذَّكَرِ وَالْأُنثَى جَمِيعًا ؛ لأنَّه لو أَوْصَى لِبَنِي فُلَانٍ وَهَم قَبِيلَةٍ ، دَخَلَ فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنثَى . وقال الثَّوْرِيُّ : إن كانوا ذُكُورًا وَإِنَاثًا ، فهو بينهم ، وإن كُنَّ/ بَنَاتٍ لَا ذَكَرَ مَعَهُنَّ ، فلا شَيْءَ لَهُنَّ ؛ لأنَّه متى اجْتَمَعَ الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ غَلَبَ لَفْظُ التَّذْكِيرِ ، ودَخَلَ فِيهِ الْإِنَاثُ ، كَلَفَظَ المُسْلِمِينَ والمُشْرِكِينَ . ولنا ، أنَّ لَفْظَ الْبَيْنِ يَحْتَصُّ الذُّكُورَ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ أَصْطَفَى الْبَنَاتِ عَلَى الْبَيْنِ ﴾^(٤) . وقال تعالى : ﴿ أَمْ اتَّخَذَ مِمَّا يَخْلُقُ بَنَاتٍ وَأَصْفَاكُمْ بِالْبَيْنِ ﴾^(٥) . وقال : ﴿ زَيْنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَيْنِ ﴾^(٦) . وقال : ﴿ أَلْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ﴾^(٧) . وقد أَخْبَرَ أَنَّهُمْ لَا يَشْتَهُونَ الْبَنَاتِ . فقال : ﴿ وَيَجْعَلُونَ لِلَّهِ الْبَنَاتِ سُبْحَانَهُ وَلَهُمْ مَا يَشْتَهُونَ * وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِالْأُنثَى ﴾^(٨) . الآية . وَإِنَّمَا دَخَلُوا فِي الاسمِ إِذَا صارُوا قَبِيلَةً ؛ لأنَّ الاسمَ نُقِلَ فِيهِمْ عن الْحَقِيقَةِ إِلَى الْعُرْفِ ، ولهذا تقول المرأةُ : أَنَا مِنْ بَنِي فُلَانٍ . إِذَا انْتَسَبَتْ إِلَى الْقَبِيلَةِ ، ولا تقول ذلك إِذَا انْتَسَبَتْ إِلَى أُيْبِهَا .

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) سورة المؤمنون ٩١ .

(٣) في ١ ، م : « في » .

(٤) سورة الصافات ١٥٣ .

(٥) سورة الزخرف ١٦ .

(٦) سورة آل عمران ١٤ .

(٧) سورة الكهف ٤٦ .

(٨) سورة النحل ٥٧ ، ٥٨ .

فصل : وإن أوصى لبنات فلان ، دَخَلَ فِيهِ الْإِنَاثُ دُونَ غَيْرِهِنَّ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِنَّ الْخُنْثَى الْمُشْكِلُ ؛ لِأَنَّا^(٩) لَا نَعْلَمُ كَوْنَهُ أُنْثَى .

فصل : وإن أوصى لولد فلان ، أو لبني فلان . ولم يكونوا قَبِيلَةً ، فهو لَوَلَدِهِ لِصُلْبِهِ ، وَأَمَّا أَوْلَادُ أَوْلَادِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ قَرِينَةٌ تَدْخُلُ عَلَى دُخُولِهِمْ ، مِثْلُ أَنْ يُوصَى لَوَلَدِ فُلَانٍ وَلَيْسَ لَهُ إِلَّا أَوْلَادُ أَوْلَادِهِ ، أَوْ قَالَ : وَلَا يُعْطَى وَلَدُ الْبَنَاتِ شَيْئًا . أَوْ قَالَ : إِلَّا وَلَدُ فُلَانٍ . أَوْ فَضَّلُوا وَلَدَ فُلَانٍ عَلَى غَيْرِهِمْ . وَنَحْوُ ذَلِكَ ، دَخَلُوا ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُمْ ، وَالْقَرِينَةُ صَارِفَةٌ لَهُ إِلَيْهِمْ ، فَصَارَ كَالْتَصَرُّيحِ بِهِمْ . وَإِنْ دَلَّتِ الْقَرِينَةُ عَلَى إِخْرَاجِهِمْ ، فَلَا شَيْءَ لَهُمْ . وَإِنْ انْتَفَتِ الْقَرَائِنُ ، لَمْ يَدْخُلُوا فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ اسْمَ الْوَلَدِ حَقِيقَةٌ عِبَارَةٌ عَنْ وَلَدِ الصُّلْبِ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ دَخَلُوا فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ الْإُنْثَى﴾ . قُلْنَا : إِنَّمَا دَخَلُوا فِيهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ نَمَّ ابْنٌ مِنْ وَلَدِ الصُّلْبِ ، وَدَخَلُوا مَعَ الْإِنَاثِ عَلَى أَنَّهُمْ إِنَّمَا يَرْتُونَ مَا فَضَّلَ عَنِ الْبَنَاتِ ، عَلَى مَا ذَكَرَ تَفْصِيلُهُ فِي الْفَرَائِضِ ، وَلَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ / هَهُنَا ، فَانْتَفَى دُخُولُهُمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَدْخُلَ وَلَدُ الْبَنِينَ فِي الْوَصِيَّةِ ، إِذَا لَمْ تَكُنْ قَرِينَةٌ تُخْرِجُهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ دَخَلُوا فِي اسْمِ الْوَلَدِ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ ذَكَرَهُ اللَّهُ تَعَالَى ، مِنْ الْإِرْثِ وَالْحَجَبِ وَغَيْرِهِ .

٢٠/٦ ظ

فصل : وإن وصى لولد فلان ، أو ببني فلان ، وهم قَبِيلَةٌ ، كِبْنَى هَاشِمٍ وَبَنَى تَمِيمٍ ، دَخَلَ فِيهِمُ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى وَالْخُنْثَى ، وَيَدْخُلُ وَلَدُ الرَّجُلِ مَعَهُ ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ بَنَاتِهِمْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ اسْمٌ لِلْقَبِيلَةِ ذَكَرُهَا وَأُنْثَاهَا ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿يَا بَنِي آدَمَ﴾^(١٠) . ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾^(١١) . يُرِيدُ الْجَمِيعَ . وَقَالَ : ﴿وَلَقَدْ آتَيْنَا بَنِي إِسْرَائِيلَ الْكِتَابَ﴾^(١٢) . وَرَوَى أَنْ جَوَارِي مِنَ الْأَنْصَارِ قُلْنَ :

(٩) فِي الْأَصْلِ ، ١ : «لأنه» .

(١٠) سُورَةُ الْأَعْرَافِ ٢٦ ، ٢٧ ، ٣١ ، ٣٥ .

(١١) سُورَةُ الْإِسْرَاءِ ٧٠ .

(١٢) سُورَةُ الْجَاثِيَةِ ١٦ .

نَحْنُ جَوَارٍ مِنْ بَنِي النَّجَارِ يَا حَبْدَا مُحَمَّدٍ مِنْ جَارٍ^(١٣)

ويقال : امرأة من بني هاشم ، ولا يَدْخُلُ وَلَدُ الْبَنَاتِ فِيهِمْ ؛ لَأَنَّهُمْ لَا يَنْتَسِبُونَ إِلَى الْقَبِيلَةِ .

فصل : وإن أُوصِيَ لِأَخَوَاتِهِ ، فهو لِلْإِنَاثِ خَاصَّةٌ ، وإن أُوصِيَ لِإِخْوَتِهِ ، دَخَلَ فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً ﴾^(١٤) . وقال : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾^(١٥) . وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى حَجَّتِهَا بِالذَّكَرِ وَالْأُنْثَى . وإن قال : لِعُمُومَتِهِ . فالظاهر أَنَّهُ مِثْلُ الْإِخْوَةِ ، يَشْمَلُ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى ؛ لَأَنَّهُمْ إِخْوَةٌ أَبَوِيَّةٌ . وإن قال : لِبَنِي إِخْوَتِهِ . أَوَّلِينَ عَمِّهِ . فهو لِلذَّكَوَرِ دون الْإِنَاثِ ، إِذَا لم يَكُونُوا قَبِيلَةً . وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْإِخْوَةَ وَالْعُمُومَةَ لَيْسَ لَهَا لَفْظٌ مَوْضُوعٌ يَشْمَلُ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى سِوَى هَذَا اللَّفْظِ ، وَبَنُو الْإِخْوَةِ وَالْعَمِّ لَهُمْ لَفْظٌ يَشْمَلُ الْجَمِيعَ وَهُوَ لَفْظُ الْأَوْلَادِ ، فَإِذَا عَدَلَ عَنِ اللَّفْظِ الْعَامِّ إِلَى لَفْظِ الْبَنِينَ ، دَلَّ عَلَى إِرَادَةِ الذَّكَوَرِ ، وَلِأَنَّ لَفْظَ الْعُمُومَةِ أَشْبَهُ بِلَفْظِ الْإِخْوَةِ ، وَلَفْظُ بَنِي الْإِخْوَةِ وَالْعَمِّ يُشَبِّهُ بَنِي فَلَانٍ ، وَقَدْ دَلَّلْنَا عَلَيْهِمَا . وَالْحُكْمُ فِي تَنَاوُلِ اللَّفْظِ لِلْبَعِيدِ مِنَ الْعُمُومَةِ وَبَنِي الْعَمِّ وَالْإِخْوَةِ ، حُكْمٌ مَا ذَكَرْنَا فِي وَلَدِ الْوَلَدِ ، مَعَ الْقَرِينَةِ وَعَدَمِهَا .

فصل : وَأَلْفَاظُ الْجُمُوعِ عَلَى أَرْبَعَةٍ أَضْرَبَ ؛ أَحَدُهَا ، مَا يَشْمَلُ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى بَوَاضِعِهِ ، كَالْأَوْلَادِ وَالذَّرِّيَّةِ وَالْعَالَمِينَ وَشَبِهُهُ . / وَالثَّانِي ، مَوْضُوعٌ لِلذَّكَوَرِ وَيَدْخُلُ فِيهِ الْإِنَاثُ إِذَا اجْتَمَعُوا ، ^(١٦) كَلَفْظِ الْمُسْلِمِينَ ^(١٦) وَالْمُؤْمِنِينَ وَالْقَانِتِينَ وَالصَّابِرِينَ وَالصَّادِقِينَ وَالذَّمِّينَ وَالْمُشْرِكِينَ وَالْفَاسِقِينَ وَنَحْوَهُ ، وَكَذَلِكَ ضَمِيرُ الْمَذْكُورِ ،

(١٣) انظر : سبيل الهدى والرشاد ٣/ ٣٩٠ .

(١٤) سورة النساء ١٧٦ .

(١٥) سورة النساء ١١ .

(١٦) (١٦- ١٦) في ١ : « كَالْمُسْلِمِينَ » .

كالواو في قاموا ، والتاء والييم في قمتن ، وهم مفردة وموصولة ، والكاف والييم في لكم وعليكم ، ونحوه . فهذا متى اجتمع ^(١٧) الذكور والإناث غلب ^(١٧) لفظ التذكير فيه ، ودخل فيه الذكر والأنثى . والثالث ، ضرب يختص ^(١٨) الذكور كالبنين والذكور والرجال والعلماء ، فلا يدخل فيه إلا الذكور . والرابع ، لفظ يختص ^(١٨) النساء ، كالنساء والبنات والمؤمنات والصادقات ، والضمائير الموضوعية لهن ، فلا يتناول غير الإناث .

فصل : وإن وصى للأرايل ، فهو للنساء اللاتي فارقهن ^(١٩) أزواجهن بموت أو غيره . قال أحمد ، في رواية حرب ، وقد سئل عن رجل أوصى لأرايل بنى فلان . فقال : قد اختلف الناس فيها ، فقال قوم : هو ^(٢٠) للرجال والنساء . والذي يعرف في كلام الناس أن الأرايل النساء . وقال الشعبي ، وإسحاق : هو للرجال والنساء ، وأشد أحدهما ^(٢١) :

هَذِي الْأَرَامِلُ قَدْ قَضَيْتَ حَاجَتَهَا فَمَنْ لِحَاجَةِ هَذَا الْأَرْمَلِ الذَّكَرِ
وقال آخر ^(٢٢) :

أَحِبُّ أَنْ أَصْطَادَ ضَبًّا سَخْبَلًا ^(٢٢) رَعَى الرَّبِيعَ وَالشِّتَاءَ أَرْمَلًا

(١٧ - ١٧) في م : « الذكور وعليه الإناث وغلب » .

(١٨) في أ : « يخص » .

(١٩) في الأصل : « فارقن » .

(٢٠) سقط من : الأصل ، أ .

(٢١) البيت لجريز ، في اللسان (ر م ل) ، وهو أيضا في معجم مقاييس اللغة ٤٤٢/٢ . وليس في ديوان جريز .

(٢٢) الرجز في اللسان ، والتاج ، وتهذيب اللغة ٢٠٥/١ (ر م ل) و (س ح ب ل) . والأول منه في اللسان والتاج (ر ب ل) .

وفي م : « ظليا سخبلا » . والسحيل من الضباب : الضخم .

ولنا ، أن المعروف في كلام الناس أنه النساء ، فلا يُحْمَلُ لفظُ الموصي إلا عليه ،
ولأن الأراِمِلَ جَمْعُ أَرْمَلَةٍ ، فلا يكونُ جَمْعاً للمذكر ؛ لأن ما يَحْتَلِفُ لفظُ الذَّكَرِ
والأنثى في واحده^(٢٣) يَحْتَلِفُ في جَمْعِهِ ، وقد أنكر ابنُ الأنباري على قائل القول
الآخر ، وخطأه فيه ، والشعر الذي احتج به حجة عليه ، فإنه لو كان لفظُ الأراِمِلَ
يَشْمَلُ الذَّكَرَ والأنثى ، لقال : « حاجتهم » إذ لا خِلافَ بين أهل اللسان في أن اللفظَ
متى كان للذكر^(٢٤) والأنثى ، ثم رُدَّ عليه ضميرٌ ، غلبَ فيه لفظُ التذكير / وضميره ،
فلما رُدَّ الضميرُ على الإناث ، عُلِمَ أنه موضوعٌ لمن على الانفراد ، وسمي نفسه أرملاً
تَجَوَّزاً وتشبيهاً بهنَّ ، ولذلك وَصَفَ نفسه بأنه ذكرٌ ، ويدل على إرادة المجاز أن
اللفظَ عند إطلاقه لا يُفْهَمُ منه إلا النساء ، ولا يُسمَّى به في العرف غيرهنَّ ، وهذا دليل
على أنه لم يُوضَعْ لِغَيْرِهِنَّ ، ثم لو ثَبَتَ أنه في الحقيقة لِلرُّجَالِ والنساء لكان قد خَصَّ به
أهل العرف النساء ، وهجرت به^(٢٥) الحقيقة حتى صارت مغمورة ، لا تُفْهَمُ من
لفظِ الْمُتَكَلِّمِ ، ولا يَتَعَلَّقُ بها حُكْمُ كسائر الألفاظ العرفية .

٢١/٦ ظ

فصل : فاما لفظُ الأَيَامَى ^(٢٦) فهو كالأراِمِلَ ، ^(٢٧) إلا أنه ^(٢٨) لكل امرأة لا زوج
لها ، قال الله تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ ﴾ ^(٢٩) . وفي بعض الحديث :
« أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ بَوَارِ الْأَيَمِ » ^(٣٠) . وقال أصحابنا : هو للرجال والنساء الذين لا
أزواج لهم ، لما روى عن سعيد بن المسيب قال : آمَتَ حَفْصَةُ بَنْتُ عَمْرِو بْنِ زَوْجِهَا ،
وَأَمَ عَثْمَانُ مِنْ رُقِيَّةَ . وقال الشاعر ^(٣١) :

(٢٣) في م : « واحد » .

(٢٤) في م : « الذكر » .

(٢٥) سقط من : الأصل .

(٢٦) في م : « لفظه » .

(٢٧ - ٢٨) في م : « لأنه » .

(٢٩) سورة النور ٣٢ .

(٣٠) انظر : النهاية في غريب الحديث ١/١٦٦ .

(٣١) البيت في اللسان والتاج (أى م) .

فَإِنْ تَنكِحِي أَكْبَحَ وَإِنْ تَتَأَيَّمِي وَإِنْ كُنْتَ أَقْنَى مِنْكُمْ أَتَأَيَّمُ^(٣١)

ولنا ، أن العُرفَ يَخْصُ النِّسَاءَ بهذا الاسم ، والحُكْمُ للاسْمِ العُرفِي . وقول النبي ﷺ : « أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ بَوَارِ الْأَيِّمِ » . إِنَّمَا أَرَادَ بِهِ الْمَرْأَةَ ، فَإِنَّهَا الَّتِي تُوصَفُ بهذا ، وَيَضُرُّ بَوَارُهَا .

فصل : والعُزَّابُ هم الذين لأزواج لهم من الرِّجَالِ والنِّسَاءِ ، يقال : رَجُلٌ عَزَبٌ ، وامرأة عَزَبَةٌ . وإنما سُمِّيَ عَزَبًا لِانْفِرَادِهِ ، وكلُّ شيءٍ انْفَرَدَ فهو عَزَبٌ ، قال ذو الرُّمَّةِ يَصِفُ ثَوْرًا من الوحش انْفَرَدَ^(٣٢) :

يَجْلُو الْبَوَارِقُ عَنْ مُجَرَّمٍ لَهَقَ كَأَنَّهُ مُتَقَبِّى يَلْمِقِ عَزَبٌ^(٣٣)

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَخْتَصَّ الْعَزَبُ بِالرَّجُلِ^(٣٤) ؛ لِأَنَّهُ فِي الْعُرفِ كَذَلِكَ ، وَالثَّيِّبُ وَالْبِكْرُ يَشْتَرِكُ فِيهِ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ . قال النبي ﷺ : « الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ ، جِلْدُ مَائَةٍ ، وَنَفَى سَنَةٍ ، وَالثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ ، الْجِلْدُ وَالرَّجْمُ »^(٣٥) . والعائِسُ من الرِّجَالِ والنِّسَاءِ : الَّذِي كَبِرَ وَلَمْ يَتَزَوَّج . قال قيسُ بنِ رِفَاعَةَ الْوَاقِئِي^(٣٦) :

(٣١) عجز البيت في اللسان : « يدا الدهر ما لم تنكحي أتأيم » . وفي التاج : « أهد الدهر » .

(٣٢) البيت لذى الرمة . ديوانه ٨٧/١ .

(٣٣) في م : « عن مجملز لهق كأنه متقبى » . ومجرمز : ثور قد انقبض واجتمع بعضه إلى بعض . ولهق : أبيض . ومتقبى : لا بس قباء . وعزب : وحده .

(٣٤) في م : « بالرجال » .

(٣٥) أخرجه مسلم ، في : باب حد الزنى ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ١٣١٦/٣ ، ١٣١٧ . وأبو داود ، في : باب في الرجم ، من كتاب الحدود . سنن أبي داود ٤٥٥/٢ . والترمذى ، في : باب ما جاء في الرجم على الثيب ، من كتاب الحدود . عارضة الأحوذى ٢١٠/٦ . وابن ماجه ، في : باب حد الزنى ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٨٥٢/٢ ، ٨٥٣ . والدارمى ، في : باب في تفسير قول الله تعالى ﴿ أَوْ يَجْعَلِ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴾ ، من كتاب الحدود . سنن الدارمى ١٨١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٧٦/٣ ، ٣١٣/٥ ، ٣١٧ ، ٣١٨ ، ٣٢٠ ، ٣٢١ ، ٣٢٧ .

(٣٦) اللسان والتاج (ع ن س) .

/ فِينَا الَّذِي مَا عَدَا أَنْ طَرَّ شَارِبُهُ وَالْعَانِسُونَ وَفِينَا الْمُرْدُ وَالشَّيْبُ^(٣٧) ٢٢/٦ و
وَالْكُھُولُ : الَّذِينَ جَازُوا الثَّلَاثِينَ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَيُكَلِّمُ النَّاسَ فِي الْمَهْدِ
وَكَهْلًا ﴾^(٣٨) . قَالَ الْمُفَسِّرُونَ : ابْنُ ثَلَاثِينَ سَنَةً^(٣٩) . مَاخُودٌ مِنْ قَوْلِهِمْ : اِكْتَهَلَ
الثَّبَاتُ ، إِذَا تَمَّ وَقَوَى . ثُمَّ لَا يَزَالُ كَهْلًا حَتَّى يَبْلُغَ خَمْسِينَ ، ثُمَّ يَشَيْخُ ، ثُمَّ لَا يَزَالُ شَيْخًا
حَتَّى يَمُوتَ .

فصل : وَإِذَا أَوْصَى لَجَمَاعَةٍ لَا يُمَكِّنُ حَصْرُهُمْ وَاسْتِيعَابُهُمْ ، كَالْقَبِيلَةِ الْعَظِيمَةِ ،
وَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، صَحَّ ، وَأَجْزَأُ الدَّفْعُ إِلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ
الْوَجْهَيْنِ ، إِلَّا أَنَّهُ قَالَ : يُدْفَعُ إِلَى ثَلَاثَةٍ مِنْهُمْ ؛ لِأَنَّهُ أَقَلُّ الْجَمْعِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا
تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِلْقَبِيلَةِ الَّتِي لَا يُمَكِّنُ حَصْرُهَا ؛ لِأَنَّهَا يَدْخُلُ فِيهَا الْأَغْنِيَاءُ وَالْفُقَرَاءُ ، وَإِذَا
وَقَعَتْ لِلْأَغْنِيَاءِ لَمْ تَكُنْ قُرْبَةً ، وَإِنَّمَا تَكُونُ حَقًّا لَا دَمِيًّا ، وَحُقُوقُ الْأَدَمِيِّينَ إِذَا دَخَلَتْ
فِيهَا الْجَهَالَةُ لَمْ تَصِحَّ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ لِمَجْهُولٍ . وَلَنَا ، أَنَّ كُلَّ وَصِيَّةٍ صَحَّتْ لَجَمَاعَةٍ
مَحْصُورَةٍ^(٤٠) ، صَحَّتْ لَهُمْ ، وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا مَحْصُورِينَ كَالْفُقَرَاءِ . وَمَا ذَكَرُوهُ غَيْرُ
صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْأَغْنِيَاءِ قُرْبَةٌ ، وَقَدْ نَدَبَ النَّبِيُّ ﷺ إِلَى الْهَدْيَةِ وَإِنْ كَانَتْ
لِغَنَى . وَأَمَّا جَوَازُ الدَّفْعِ إِلَى وَاحِدٍ ، فَمَنْبِيُّ عَلَى الدَّفْعِ فِي الزَّكَاةِ^(٤١) ، وَقَدْ مَضَى
الْكَلَامُ فِيهِ هُنَاكَ .

٩٦٦ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَالْوَصِيَّةُ بِالْحَمْلِ وَاللَّحْمِلِ جَائِزَةٌ ، إِذَا أَتَتْ بِهِ لِأَقَلِّ
مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ تَكَلَّمَ بِالْوَصِيَّةِ)

أَمَّا الْوَصِيَّةُ بِالْحَمْلِ فَتَصِحُّ إِذَا كَانَ مَمْلُوكًا ، بَأَنْ يَكُونَ رَقِيقًا ، أَوْ حَمْلٌ بِهَيْمَةٍ

(٣٧) فِي م : « الَّذِي هُوَ مَا إِنْ » .

(٣٨) سُورَةُ آلِ عِمْرَانَ ٤٦ .

(٣٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب ، م ، .

(٤٠) فِي م : « مَحْصُورِينَ » .

(٤١) فِي إِزْيَادَةٍ : « مِنَ الزَّكَاةِ » .

مَمْلُوكَةٍ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْعَرَرَ وَالْحَطَرَ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْوَصِيَّةِ ، فَجَرَى مَجْرَى إِغْتَاقِ الْحَمْلِ ، فَإِنْ انفَصَلَ مَيِّتًا ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ، وَإِنْ انفَصَلَ حَيًّا ، وَعَلِمْنَا وَجُودَهُ حَالَ الْوَصِيَّةِ ، أَوْ حَكَمْنَا بِوُجُودِهِ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، لَمْ تَصِحَّ ؛ لِجَوَازِ خُدُوثِهِ . وَلَوْ قَالَ : أَوْصَيْتُ لَكَ بِمَا تَحْمِلُ جَارِيَتِي هَذِهِ ، أَوْ نَاقَتِي هَذِهِ ، / أَوْ تُحْلِي هَذِهِ . جَازًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ صِحَّتِهَا مَعَ الْعَرَرِ . وَأَمَّا الْوَصِيَّةُ لِلْحَمْلِ ، فَصَحِيحَةٌ أَيْضًا ، لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، وَبِذَلِكَ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ جَرَتْ مَجْرَى الْمِيرَاثِ ، مِنْ حَيْثُ كَوْنُهَا انْتِقَالَ الْمَالِ مِنَ الْإِنْسَانِ بَعْدَ مَوْتِهِ ، إِلَى الْمُوصَى لَهُ ، بِغَيْرِ عَوَضٍ ، كَانْتِقَالِهِ إِلَى وَارِثِهِ ، وَقَدْ سَمَّى اللَّهُ تَعَالَى الْمِيرَاثَ وَصِيَّةً ، بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى ﴾ (١) . وَقَالَ سُبْحَانَهُ : ﴿ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرًا مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ ذَيْنَ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ ﴾ (٢) . وَالْحَمْلُ يَرِثُ ، فَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أَوْسَعُ مِنَ الْمِيرَاثِ ، فَإِنَّهَا تَصِحُّ لِلْمُخَالِفِ فِي الدِّينِ وَالْعَبْدِ ، بِخِلَافِ الْمِيرَاثِ ، فَإِذَا وَرِثَ الْحَمْلُ ، فَالْوَصِيَّةُ لَهُ أَوْلَى ، وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَتَعَلَّقُ بِحَظَرِ وَغَرَرٍ ، فَتَصِحُّ لِلْحَمْلِ ، كَالْعَتَقِ . فَإِنْ انفَصَلَ الْحَمْلُ مَيِّتًا ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرِثُ ، وَلِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَكُونَ حَيًّا حِينَ الْوَصِيَّةِ ، فَلَا تُثَبِّتُ لَهُ الْوَصِيَّةُ وَالْمِيرَاثُ بِالشُّكِّ . وَسَوَاءٌ مَاتَ لِعَارِضٍ ، مِنْ ضَرْبِ الْبَطْنِ ، أَوْ شَرِبَ (٣) دَوَاءً ، أَوْ غَيْرِهِ ؛ لِمَا بَيَّنَّا مِنْ أَنَّهُ لَا يَرِثُ . وَإِنْ وَضَعَتْهُ حَيًّا ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، إِذَا حَكَمْنَا بِوُجُودِهِ حَالَ الْوَصِيَّةِ . نَقَلَ الْخِرَقِيُّ ، إِذَا أَثَبَّتَ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ . وَلَيْسَ ذَلِكَ شَرْطًا فِي كُلِّ حَالٍ ، لَكِنْ إِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ فَرَّاشًا لِرَوْحٍ أَوْ سَيِّدٍ يَطْوُهَا ، فَأَثَبَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَمَا دُونَ ، عَلِمْنَا وَجُودَهُ حِينَ الْوَصِيَّةِ ، وَإِنْ أَثَبَّتَ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْهَا ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ لَهُ ؛

٢٢/٦ ظ

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) سورة النساء ١٢ .

(٣) في م : ٥ : ضرب ٤ .

لاختِمالِ حُدُوثِهِ بعدَ الوَصِيَّةِ . وإنْ كانتْ بَائِثًا ، فَأُتَتْ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ حِينِ
الْفُرْقَةِ ، وَأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينِ الوَصِيَّةِ ، لَمْ تُصِحَّ الوَصِيَّةُ لَهُ ، وَإِنْ أَتَتْ بِهِ لِأَقَلِّ
مِنْ ذَلِكَ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ يُعْلَمُ وَجُودُهُ إِذَا كَانَ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ ، وَيُحْكَمُ
بُجُودُهُ إِذَا أَتَتْ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ حِينِ الْفُرْقَةِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَإِنْ
وَصَّى لِحَمَلِ امْرَأَةٍ / مِنْ زَوْجِهَا أَوْ سَيِّدِهَا ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ لَهُ ، مَعَ اسْتِثْنَاءِ الْحَاقَةِ بِهِ ،
وَإِنْ كَانَ مَتَفِيًّا^(٤) بِاللَّعَانِ ، أَوْ دَعَاىِ اسْتِثْنَاءَ ، لَمْ تُصِحَّ الوَصِيَّةُ لَهُ ؛ لِإِعْدَمِ نَسَبِهِ
الْمُشْتَرِطِ^(٥) فِي الوَصِيَّةِ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ فَرَّاشًا لِلزَّوْجِ أَوْ سَيِّدٍ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا
يَطُؤُهَا ؛ لَكُونِهِ غَائِبًا فِي بَلَدٍ بَعِيدٍ ، أَوْ مَرِيضًا مَرَضًا يَمْنَعُ الْوَطْءَ ، أَوْ كَانَ أَسِيرًا أَوْ
مَخْبُوسًا ، أَوْ عَلِمَ الْوَرِثَةُ أَنَّهُ لَمْ يَطُأَهَا وَأَقْرَأَ^(٦) بِذَلِكَ ، فَإِنْ أَصْحَابُنَا لَمْ يُفَرِّقُوا بَيْنَ هَذِهِ
الصُّوَرِ وَبَيْنَ مَا إِذَا كَانَ يَطُؤُهَا ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَفْتَرِقَا فِي لُحُوقِ النَّسَبِ بِالزَّوْجِ وَالسَّيِّدِ ،
فَكَانَتْ فِي حُكْمٍ مِنْ يَطُؤُهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ مَتَى أَتَتْ بِهِ فِي هَذِهِ الْحَالِ ، لَوْ قَدْ يَغْلِبُ
عَلَى الظَّنِّ أَنَّهُ كَانَ مَوْجُودًا حَالَ الوَصِيَّةِ ، مِثْلَ أَنْ تَضَعَهُ لِأَقَلِّ مِنْ غَالِبِ مُدَّةِ الْحَمَلِ ،
أَوْ تَكُونَ أَمَارَاتِ الْحَمَلِ ظَاهِرَةً ، أَوْ أَتَتْ بِهِ عَلَى وَجْهِ يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّهُ كَانَ مَوْجُودًا
بِأَمَارَاتِ الْحَمَلِ ، بِحَيْثُ يُحْكَمُ لَهَا بِكُونِهَا حَامِلًا ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يُثْبِتُ لَهُ
أَحْكَامُ الْحَمَلِ فِي^(٧) غَيْرِ هَذَا الْحُكْمِ ، وَقَدْ انْتَفَتْ أَسْبَابُ حُدُوثِهِ ظَاهِرًا ، فَيَنْبَغِي أَنْ
تُثْبِتَ لَهُ الوَصِيَّةُ ، وَالْحُكْمُ بِالْحَاقَةِ بِالزَّوْجِ وَالسَّيِّدِ فِي هَذِهِ الصُّوَرِ إِنَّمَا كَانَ اخْتِطَاطًا
لِلنَّسَبِ ، فَإِنَّهُ يَلْحَقُ بِمَجَرَّدِ الْاِخْتِمَالِ وَإِنْ كَانَ بَعِيدًا ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ إِثْبَاتِ النَّسَبِ^(٨)
بِمُطْلَقِ الْاِخْتِمَالِ ، نَفْيُ اسْتِحْقَاقِ الوَصِيَّةِ ، فَإِنَّهُ لَا يُخْتَاطُ لِإِبْطَالِ الوَصِيَّةِ ، كَمَا يُخْتَاطُ
لِإِثْبَاتِ النَّسَبِ^(٩) ، فَلَا يَلْزَمُ إِنْ حَاقَ مَا لَا يُخْتَاطُ لَهُ بِمَا يُخْتَاطُ لَهُ^(٩) مَعَ ظُهُورِ مَا يُثْبِتُهُ
وَيُصَحِّحُهُ .

(٤) فِي م : مَتَفِيًّا .

(٥) فِي م : الْمَشْرُوطُ .

(٦) فِي الْأَصْلِ : أَوْ أَقْرَأَ .

(٧) فِي م : مِنْ .

(٨) فِي م : السَّبَبُ .

(٩) سَقَطَ مِنْ م .

فصل : وإن وصَّى بالحملِ المَوْجُودِ ، اعتُبرَ وُجُودُهُ كما (١٠) في حَمْلِ الأُمَةِ بما يُعتَبَرُ وُجُودُ الحَمْلِ الموصى له . وإن كان حَمْلٌ بِهِيْمَةٍ ، اعتُبرَ وُجُودُهُ بما يَثْبُتُ به وُجُودُهُ في سائرِ الأحكامِ .

فصل : وإذا أوصى لما تَحْمِلُ هذه المرأةُ ، لم يَصِحَّ . وقال بعضُ أصحابِ الشافعي : يَصِحُّ ، كما تَصِحُّ الوَصِيَّةُ بما تَحْمِلُ هذه الجاريةُ . ولنا ، أن الوَصِيَّةَ تَمْلِكُ ، فلا تَصِحُّ لِلْمَعْدُومِ ، بخلافِ / الموصى به ، فإنه يَمْلِكُ ، فلم يُعتَبَرِ وُجُودُهُ ، ولأنَّ الوَصِيَّةَ أُجْرِيتْ مُجَرى المِيراثِ ، ولو ماتَ إنسانٌ لم يَرِثْهُ من الحَمْلِ إلا مَنْ كان مَوْجُودًا ، كذلك الوَصِيَّةُ . ولو تَجَدَّدَ لِلْمَيِّتِ مالٌ بعد موْتِهِ ، بأن يَسْقُطَ في شَبَكْتِهِ صَيِّدٌ ، لَوَرِثَهُ وَرَثَتُهُ ، ولذلك قَضَيْنَا بِثبُوتِ الإِرْثِ في دِيَّتِهِ ، وهي تَتَحَدَّدُ بعد موْتِهِ ، فجازَ أن تُمْلَكَ بالوصِيَّةِ . فإن قيل : فلو وَقَفَ على مَنْ يَحْدُثُ مِنْ وَلَدِهِ أو وَلَدِ فُلانٍ صَحَّ ، فالوصِيَّةُ أَوْلَى ؛ لأنها تَصِحُّ بِالْمَعْدُومِ والمَجْهُولِ ، بخلافِ الوقِفِ . قلنا : الوَصِيَّةُ أُجْرِيتْ مُجَرى المِيراثِ ، ولا يَحْصُلُ المِيراثُ إلا لِمَوْجُودٍ ، فكذا الوَصِيَّةُ ، والوقوفُ يُرادُ لِلدَّوامِ ، فمن ضَرُورَتِهِ إثباتُهُ لِلْمَعْدُومِ .

ظ ٢٣/٦

فصل : وإذا أوصى لِحَمِلِ امْرَأَةٍ ، فولَدَتْ ذَكَرًا أو أنثى ، فالوصِيَّةُ لهما بالسَّوِيَّةِ ؛ لأنَّ ذلك عَطِيَّةٌ وَهَبَةٌ ، فأشْبَهَ ما لو وَهَبَهُما شَيْئًا بعدَ ولادَتِهِما . وإن فاضَلَ بينهما ، فهو على ما قال ، كالوقِفِ . وإن قال : إن كان في بَطْنِها غُلامٌ فله دِينَارَانِ ، وإن كان فيه جاريةٌ فلها دِينَارٌ . فولَدَتْ غُلامًا وجاريةً ، فلكلِّ واحدٍ منهما ما وصَّى له به ؛ لأنَّ الشَّرْطَ وَجَدَ فيه . وإن وَلَدَتْ أَحَدَهُما مُتَفَرِّدًا ، فله وصِيَّتُهُ . ولو قال : إن كان حَمْلُها ، أو إن كان ما في بَطْنِها غُلامًا ، فله دِينَارَانِ ، وإن كانت جاريةً فلها دِينَارٌ . فولَدَتْ أَحَدَهُما مُتَفَرِّدًا ، فله وصِيَّتُهُ . وإن وَلَدَتْ غُلامًا وجاريةً ، فلا شَيْءَ لهما ؛ لأنَّ

(١٠) سقط من : ١ ، م .

أَحَدُهُمَا لَيْسَ هُوَ جَمِيعَ الْحَمْلِ . وَلَا كُلُّ مَا فِي الْبَطْنِ . وَهَذَا قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ ،
وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى بِشَجَرَةٍ ، أَوْ بُسْتَانٍ ، أَوْ غَلَّةٍ دَارٍ ، أَوْ خِدْمَةِ عَبْدٍ ، صَحَّ ،
سَوَاءً وَصَّى بِذَلِكَ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، أَوْ بِجَمِيعِ الثَّمَرَةِ وَالْمَنْفَعَةِ فِي الزَّمَانِ كُلِّهِ . هَذَا
قَوْلُ الْجُمْهُورِ ، مِنْهُمْ ؛ مَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ،
وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنْفَعَةِ ؛ لِأَنَّهَا / مَعْدُومَةٌ .
وَلَنَا ، أَنَّهُ يَصِحُّ تَمْلِيكُهَا بِعَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ ، فَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِهَا ، كَالْأَعْيَانِ . وَيُعْتَبَرُ
خُرُوجُ ذَلِكَ مِنْ ثُلْثِ الْمَالِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي سُكْنَى الدَّارِ . وَهُوَ قَوْلُ كُلِّ مَنْ قَالَ
بِصِحَّةِ الْوَصِيَّةِ بِهَا . فَإِنْ لَمْ تَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ ، أُجِيزَ مِنْهَا بِقَدْرِ الثُّلْثِ . وَهَذَا قَالَ
الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِذَا أَوْصَى بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ ^(١١) سَنَةً ، فَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ ،
فَالْوَرَثَةُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ تَسْلِيمِ خِدْمَتِهِ سَنَةً ، وَبَيْنَ تَسْلِيمِ ثُلْثِ الْمَالِ . وَقَالَ أَصْحَابُ
الرَّأْيِ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : إِذَا أَوْصَى بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ سَنَةً ، فَإِنَّ الْعَبْدَ يَخْدُمُ الْمُوصِيَّ لَهُ يَوْمًا
وَالْوَرَثَةُ يُؤْمِنُونَ ، حَتَّى يَسْتَكْمِلَ الْمُوصِيَّ لَهُ سَنَةً ، فَإِنْ أَرَادَ الْوَرَثَةُ بَيْعَ الْعَبْدِ ، يَبِيعُ عَلَى
هَذَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا وَصِيَّةٌ صَحِيحَةٌ ، فَوَجَبَ تَنْفِيزُهَا عَلَى صِفَتِهَا إِنْ خَرَجَتْ مِنَ الثُّلْثِ ،
أَوْ بِقَدْرِ مَا يَخْرُجُ ^(١٢) مِنَ الثُّلْثِ مِنْهَا ، كَسَائِرِ الْوَصَايَا ، أَوْ كَالْأَعْيَانِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ،
فَمَتَى أُرِيدَ تَقْوِيمُهَا ، فَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ مُقَيَّدَةً بِمُدَّةٍ ، فَوَقْتُ الْمُوصِيَّ بِمَنْفَعَتِهِ مَسْلُوبٌ
الْمَنْفَعَةُ تِلْكَ الْمُدَّةَ ، ثُمَّ تُقَوَّمُ الْمَنْفَعَةُ فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ ، فَيُنْظَرُ ؛ كَمْ قِيمَتُهَا . وَإِنْ كَانَتِ
الْوَصِيَّةُ مُطْلَقَةً فِي الزَّمَانِ كُلِّهِ ، فَقَدْ قِيلَ : تُقَوَّمُ الرَّقَبَةُ بِمَنْفَعَتِهَا جَمِيعًا ، وَيُعْتَبَرُ
خُرُوجُهَا ^(١٣) مِنَ الثُّلْثِ ؛ لِأَنَّ عَبْدًا لَا مَنَفَعَةَ لَهُ ، وَشَجَرًا لَا ثَمَرَ لَهُ ، لَا قِيمَةَ لَهُ غَالِبًا .
وَقِيلَ : تُقَوَّمُ الرَّقَبَةُ عَلَى الْوَرَثَةِ ، وَالْمَنْفَعَةُ عَلَى الْمُوصِيَّ لَهُ . وَصِفَةُ ذَلِكَ أَنَّ يُقَوَّمُ الْعَبْدُ

(١١) فِي ١ : عَبْدٌ .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : خَرَجَ .

(١٣) فِي ١ : م ، : خَرُوجُهُمَا .

بِمَنْفَعَتِهِ ، فَإِذَا قِيلَ : قِيمَتُهُ مِائَةٌ . قِيلَ : كَمْ قِيمَتُهُ لَا مَنْفَعَةَ فِيهِ ؟ فَإِذَا قِيلَ : عَشْرَةٌ . عَلِمْنَا أَنَّ قِيمَةَ الْمَنْفَعَةِ تَسْعُونَ .

فصل : وَإِنْ أَرَادَ الْمُوصِي لَهُ إِجَارَةَ الْعَبْدِ أَوِ الدَّارِ ، فِي الْمُدَّةِ الَّتِي أَوْصَى لَهُ بِنَفْعِهَا ، ^(١٤) جَازَ . وَبِهِ قَالَ ^(١٤) الشَّافِعِيُّ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجُوزُ إِجَارَةُ الْمَنْفَعَةِ الْمُسْتَحَقَّةِ بِالْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَوْصَى لَهُ بِاسْتِيفَائِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مَنْفَعَةٌ يَمْلِكُهَا مِلْكًا تَامًا ، فَمَلَكَ أَخَذَ الْعَوَضَ عَنْهَا بِالْأَعْيَانِ ، كَالْوَمْلِكِهَا بِالْإِجَارَةِ . / وَإِنْ أَرَادَ الْمُوصِي لَهُ إِخْرَاجَ الْعَبْدِ عَنِ الْبَلَدِ ، فَلَهُ ذَلِكَ . وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا يُخْرِجُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَهْلُهُ فِي غَيْرِ الْبَلَدِ ، فَيُخْرِجُهُ إِلَى أَهْلِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَالِكٌ لِنَفْعِهِ ، فَمَلَكَ إِخْرَاجَهُ ، كَالْمُسْتَأْجِرِ .

٢٤/٦ ظ

فصل : وَإِذَا أَوْصَى لَهُ بِشَجَرَةٍ مُدَّةً ، أَوْ بِمَا يُثْمِرُ أَبَدًا ، لَمْ يَمْلِكْ وَاحِدٌ مِنَ الْمُوصَى لَهُ وَالْوَارِثُ ^(١٥) إِجْبَارَ الْآخَرِ عَلَى سَقْيِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُجْبَرُ عَلَى سَقْيِ مِلْكِهِ ، وَلَا سَقْيِ مِلْكٍ غَيْرِهِ . وَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا سَقْيَهَا عَلَى وَجْهِ لَا يَضُرُّ بِصَاحِبِهِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْآخَرُ مَنْعَهُ . وَإِذَا يَبَسَتِ الشَّجَرَةُ ، كَانَ حَطْبُهَا لِلْوَارِثِ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِثَمَرِهَا سَنَةً بَعَيْنِهَا ، فَلَمْ تُحْمَلْ تِلْكَ السَّنَةُ ، فَلَا شَيْءَ لِلْمُوصَى لَهُ . وَإِنْ قَالَ : لَكَ ثَمَرُهَا أَوَّلَ عَامٍ تُثْمِرُ . صَحَّ ، وَلَهُ ثَمَرُهَا أَوَّلَ عَامٍ تُثْمِرُ . وَكَذَلِكَ إِذَا أَوْصَى لَهُ بِمَا تُحْمَلُ جَارِيَّتُهُ أَوْ شَاتُهُ . وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِشَجَرَةٍ ، وَلَا خَرَ بِثَمَرِهَا ، صَحَّ ، وَكَانَ صَاحِبُ الرِّقْعَةِ قَائِمًا مَقَامَ الْوَارِثِ ، وَلَهُ مَا لَهُ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِلَبَنِ شَاةٍ وَصُوفِهَا ، صَحَّ ، كَأَنْصَحِ الْوَصِيَّةِ بِشَجَرَةٍ الشَّجَرَةِ . وَإِنْ وَصَّى بِلَبَنِهَا خَاصَّةً ، أَوْ صُوفِهَا خَاصَّةً ، صَحَّ ، وَيَقُومُ الْمُوصَى بِهِ دُونَ الْعَيْنِ .

فصل : فَأَمَّا نَفَقَةُ الْعَبْدِ الْمُوصَى بِخِدْمَتِهِ ، وَسَائِرِ الْحَيَوَانَاتِ الْمُوصَى بِنَفْعِهَا ،

(١٤ - ١٤) فِي ١ : فَلَهُ ذَلِكَ . وَبِهَذَا قَالَ .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « وَالْوَارِثُ » .

فَيَحْتَمِلُ أَنْ تَجِبَ عَلَى صَاحِبِ الرِّقَبَةِ . هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ مَذْهَبًا
لأَحْمَدَ ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ، وَظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ عَلَى الرِّقَبَةِ ، فَكَانَتْ
عَلَى صَاحِبِهَا ، كَالْعَبْدِ الْمُسْتَأْجَرِ ، وَكَأَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ ^(١٦) مَنَفْعَةٌ . قَالَ الشَّرِيفُ : وَلِأَنَّ
الْفِطْرَةَ تَلْزُمُهُ ، وَالْفِطْرَةُ تَتَّبِعُ النَّفَقَةَ ، وَوُجُوبُ التَّابِعِ عَلَى إِنْسَانٍ دَلِيلٌ عَلَى وَجُوبِ
الْمَتَّبُوعِ عَلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ ^(١٧) عَلَى صَاحِبِ ^(١٨) الْمَنَفْعَةِ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ
الرَّأْيِ ، وَالْإِصْطِخْرِيِّ ^(١٩) ، وَهُوَ أَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ نَفْعَهُ عَلَى التَّائِيدِ ،
فَكَانَتْ النَّفَقَةُ عَلَيْهِ ، كَالزُّوجِ ، وَلِأَنَّ نَفْعَهُ لَهُ ، فَكَانَ عَلَيْهِ ضَرُّهُ ، كَالْمَالِكِ لَهَا
جَمِيعًا ، يُحَقِّقُهُ أَنْ إِجْبَابُ النَّفَقَةِ عَلَى مَنْ لَا نَفْعَ لَهُ ضَرَرٌ مُجَرَّدٌ ، فَيَصِيرُ مَعْنَى الرِّصِيَّةِ :
أَوْصَيْتُ / لَكَ بِنَفْعِ عَبْدِي ، وَأَبْقَيْتُ عَلَى وَرَثَتِي ضَرُّهُ . وَإِنْ وَصَّى بِنَفْعِهِ لِإِنْسَانٍ ،
وَلَا خَرَّ بَرَقِيَّتُهُ ، كَانَ مَعْنَاهُ : أَوْصَيْتُ لِهَذَا بِنَفْعِهِ ، وَلِهَذَا بَضُرُّهُ . وَالشَّرْعُ يَنْفِي هَذَا
بِقَوْلِهِ : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ » ^(٢٠) . وَلِذَلِكَ جَعَلَ الْخَرَجَ بِالضَّمَّانِ ، لِيَكُونَ ضَرُّهُ
عَلَى مَنْ لَهُ نَفْعُهُ . وَفَارَقَ الْمُسْتَأْجَرَ ، فَإِنَّ نَفْعَهُ فِي الْحَقِيقَةِ لِلْمُؤْجَرِ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ الْأَجَرَ
عَوَضًا عَنْ مَنَافِعِهِ . وَقِيلَ : تَجِبُ نَفَقَتُهُ فِي كَسْبِهِ . وَهَذَا رَاجِعٌ إِلَى إِجَابِهَا عَلَى صَاحِبِ
الْمَنَفْعَةِ ؛ لِأَنَّ كَسْبَهُ مِنْ مَنَافِعِهِ ، فَإِذَا صُرِفَ فِي نَفَقَتِهِ ، فَقَدْ صُرِفَتْ ^(٢١) الْمَنَفْعَةُ
الْمَوْصَى بِهَا إِلَى النَّفَقَةِ ، فَصَارَ كَأَلَوْ صُرِفَ إِلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ مَالِهِ سِوَاهُ .

فصل : وَإِذَا أَعْتَقَ الْوَرِثَةَ الْعَبْدَ ، عَتَقَ ، وَمَنَفَعَتُهُ بَاقِيَةٌ لِلْمَوْصَى لَهُ بِهَا ، وَلَا يَرْجِعُ
عَلَى الْمُعْتَقِ بِشَيْءٍ . وَإِنْ أَعْتَقَهُ صَاحِبُ الْمَنَفْعَةِ ، لَمْ يَعْتَقِ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ لِلرِّقَبَةِ ، وَهُوَ
لَا يَمْلِكُهَا . وَإِنْ وَهَبَ صَاحِبُ الْمَنَفْعَةِ مَنَافِعَهُ لِلْعَبْدِ ، وَأَسْقَطَهَا عَنْهُ ، فَلِلْوَرِثَةِ الْإِثْفَاعُ

(١٦) سقط من : م .

(١٧-١٨) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(١٨) أبو سعيد الحسن بن أحمد بن يزيد الإصطخري الشافعي ، قاضي قم ، وأحد الرفعا من أصحاب الوجوه .
توفي سنة ثلاث وعشرين وثلاثمائة ببغداد . طبقات الشافعية الكبرى ٢٣٠/٣ - ٢٥٣ .

(١٩) في الأصل ، ١ : إضرار . وتقدم تخريجه في : ١٤٠/٤ .

(٢٠) في ١ ، م : صرف .

به ؛ لأن ما يوهب للعبد يكون لسيده . وإن أراد صاحب الرقبة بيع العبد ، فله ذلك ،
ويباع مسلوب المنفعة ، ويقوم المشتري مقام البائع ، فيما له وعليه . وقيل : لا يجوز
بيعه ^(٢١) من مالك منفعته دون ^(٢٢) غيره ^(٢١) ؛ لأن ما لا منفعة فيه ، لا يصح بيعه ،
كالحشرات والميتات . وقيل : يجوز بيعه من مالك منفعته دون غيره ؛ لأن مالك منفعته
يجتمع له الرقبة والمنفعة ، فينتفع بذلك ، بخلاف غيره ، ولذلك جاز بيع الثمرة قبل
بدو صلاحها لصاحب الشجرة دون غيره ، وكذلك بيع الزرع لصاحب الأرض .
ولنا ، أنه عبد مملوك ، تصح الوصية به ، فصح بيعه كغيره ، ولأنه يمكنه إعتاقه
وتحصيل ولائه ، وجرؤ لاء من ينجرؤ ولاؤه بعنته ، بخلاف الحشرات . وإن وصى
لرجل برقبة عبد ، ولاخر بنفعه ، صح ، وقام / الموصى له بالرقبة مقام الوارث فيما
ذكرنا . وبهذا قال الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي .

٢٥/٦ ظ

فصل : وإذا أوصى لرجل بمنفعة أمته ، فأتى بولد من زوج أو زنى ، فهو
مملوك ، حكمه حكم أمه ؛ لأن الولد يتبع الأم في حكمها ، كولد المكاتبية
والمذبذبة . ويحتمل أن يكون للمالك الرقبة ؛ لأن ذلك ليس من النفع الموصى به .
ولا هو من الرقبة الموصى بنفعها . وإن وطئت بشبهة ، وجب ^(٢٣) المهر على الواطئ
لصاحب المنفعة عند أصحابنا ، وعندى أنه لصاحب الرقبة ؛ لأن منافع البضع لا تصح
الوصية بها منفردة ^(٢٤) ، ولا مع غيرها ، ولا يجوز نقلها مفردة عن الرقبة بغير
التزويج ، وإنما هي تابعة للرقبة ، فتكون لصاحبها ، ولا يستحق صاحب المنفعة
أخذ بدلها ، إن أتى بولد ، فهو حر ، وتجب قيمته يوم وضعه لصاحب الرقبة ، في
أحد الوجهين ، وفي الآخر ، يشتري بها عبد يقوم مقامه ، وليس للوارث ولا لصاحب
المنفعة ، وطؤها ؛ لأن صاحب المنفعة لا يملك رقبتها ، ولا هو زوجها ، ولا يباح الوطء

(٢١ - ٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) في ١ : « ولا » .

(٢٣) في م : « فأوجب » .

(٢٤) في الأصل : « مفردة » .

بغيرهما ، لقول الله عزَّ وجلَّ : ﴿ إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاحِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾ (٢٥) .
 وصاحبُ الرِّقَةِ لَا يَمْلِكُهَا مِلْكًا تَامًا ، وَلَا يَأْمَنُ أَنْ تَحْبَلَ مِنْهُ ، فربَّما أَفْضَى إِلَى
 إِهْلَاكِهَا ، وَأَيُّهُمَا وَطَئَهَا فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ وَطَءٌ بِشَبْهَةٍ ؛ لِوُجُودِ الْمِلْكِ لِكُلِّ وَاحِدٍ
 مِنْهُمَا فِيهَا ، وَلَوْلَدُهُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ (٢٦) وَطَءٍ شَبْهَةٍ . فَإِنْ كَانَ الْوَاطِئُ مَالِكًا الْمَنْفَعَةِ ،
 لَمْ تَصِرْ أُمٌّ وَلَدِلَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا ، وَعَلَيْهِ قِيَمَةٌ وَلَدِهَا يَوْمَ وَضْعِهِ ، وَحُكْمُهَا عَلَى مَا
 ذَكَرْنَا فِيهَا إِذَا وَطَئَهَا غَيْرُهُمَا بِشَبْهَةٍ . وَإِنْ كَانَ الْوَاطِئُ مَالِكًا الرِّقَةِ ، صَارَتْ أُمٌّ وَلَدِ
 لَهُ ؛ لِأَنَّهُا عَلِقَتْ مِنْهُ بِحُرٍّ فِي مِلْكِهِ ، وَفِي وَجُوبِ قِيَمَتِهِ عَلَيْهِ الْوَجْهَانِ ، وَأَمَّا الْمَهْرُ ،
 فَعِنْدِي أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْوَاطِئُ (٢٧) مَالِكًا الرِّقَةِ (٢٧) ، فَلَا مَهْرَ عَلَيْهِ ، وَلَهُ الْمَهْرُ عَلَى صَاحِبِ
 الْمَنْفَعَةِ / ، إِذَا كَانَ هُوَ الْوَاطِئُ . وَعِنْدَ أَصْحَابِنَا ، وَأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، بَعْكَسُ ذَلِكَ
 فِيهِمَا . وَقَدْ تَقَدَّمَ تَعْلِيلُ ذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ الْحَدُّ عَلَى صَاحِبِ الْمَنْفَعَةِ إِذَا
 وَطِئَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِلَّا الْمَنْفَعَةَ ، فَلَزِمَهُ الْحَدُّ ، كَالْمُسْتَأْجِرِ ، فَعَلَى هَذَا يَكُونُ وَلَدُهُ
 مَمْلُوكًا .

و ٢٦/٦

فصل : وليس لواحدٍ منهما تزويجها ؛ لِأَنَّ مَالِكَ الْمَنْفَعَةِ لَا يَمْلِكُ رَقَبَتَهَا ، وَمَالِكُ
 الرِّقَةِ لَا يَمْلِكُ تَزْوِيجَهَا ، لِمَا فِيهِ مِنْ ضَرَرٍ صَاحِبِ الْمَنْفَعَةِ بِتَزْوِيجِهَا . فَإِنْ طَلَبَتْ
 ذَلِكَ ، لَزِمَ تَزْوِيجُهَا ؛ لِأَنَّهُ لِحَقِّهَا ، وَحَقُّهَا فِي ذَلِكَ مُقَدَّمٌ عَلَيْهِمَا (٢٨) ، بِدَلِيلِ أَنَّهَا لَوْ
 طَلَبَتْهُ مِنْ سَيِّدِهَا الَّذِي يَمْلِكُ رَقَبَتَهَا وَنَفْعَهَا ، أُجْبِرَ عَلَيْهِ ، وَقُدِّمَ حَقُّهَا عَلَى حَقِّهِ .
 وَكَذَلِكَ إِنْ اتَّفَقَا عَلَى تَزْوِيجِهَا قَبْلَ طَلَبِهَا ، جَازَ ، وَلِئِذَا فِي الْمَوْضِعَيْنِ مَالِكُ رَقَبَتِهَا ؛
 لِأَنَّهُ مَالِكُهَا . وَالْكَلَامُ فِي مَهْرِهَا وَلَدِهَا ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي الْفَصْلِ الَّذِي قَبْلَهُ .

فصل : وَإِنْ قُتِلَ الْعَبْدُ الْمُوصَى بِنَفْعِهِ ، وَجَبَتْ قِيَمَتُهُ ، يُشْتَرَى بِهَا مَا يَقُومُ مَقَامَ

(٢٥) سورة المؤمنون ٦ .

(٢٦) سقط من : م .

(٢٧ - ٢٧) في م : « مالكا للرقبة » .

(٢٨) في ا ، م : « عليها » .

الموصى به ؛ لأنَّ كُلَّ حَقٍّ تَعَلَّقَ بِالْعَيْنِ تَعَلَّقَ بِبَدَلِهَا ، إذا لم يُبْطَلْ سَبَبُ اسْتِحْقَاقِهَا .
وَيُفَارِقُ الزَّوْجَةَ وَالْعَيْنَ الْمُسْتَأْجَرَةَ ؛ لأنَّ سَبَبَ الاسْتِحْقَاقِ يُبْطَلُ بِتَلَفِهِمَا ، وَيَحْتَمِلُ
أَنْ تُجَبَّ الْقِيمَةُ لِلْوَارِثِ ، أَوْ مَالِكِ الرَّقَبَةِ ، وَتُبْطَلُ الْوَصِيَّةُ ؛ لأنَّ الْقِيمَةَ بَدَلُ الرَّقَبَةِ ،
فَتَكُونُ لِصَاحِبِهَا ، وَتُبْطَلُ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنْفَعَةِ ، كَمَا تُبْطَلُ الْإِجَارَةُ^(٢٩) .

فصل : وَإِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِحَبِّ زَرْعِهِ ، وَلَا آخَرَ بَنِيَّتِهِ ، صَحَّ ، وَالتَّفَقُّعُ بَيْنَهُمَا ؛
لأنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَعَلَّقَ حَقَّهُ بِالزَّرْعِ . فَإِنْ امْتَنَعَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْإِنْفَاقِ ، فَهُمَا بِمَنْزِلَةِ
الشَّرِيكَيْنِ فِي أَصْلِ الزَّرْعِ إِذَا امْتَنَعَ أَحَدُهُمَا مِنْ سَقْيِهِ وَالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ ، فَيُخَرَّجُ فِي ذَلِكَ
وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُجْبَرُ عَلَى الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ . هَذَا قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ؛ لأنَّ فِي تَرْكِ الْإِنْفَاقِ
ضَرَرًا عَلَيْهِمَا ، وَإِضَاعَةً لِلْمَالِ^(٣٠) ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا
ضِرَارَ »^(٣١) . وَنَهَى عَنْ إِضَاعَةِ الْمَالِ^(٣٢) . وَالْوَجْهُ الْآخَرُ ، لَا يُجْبَرُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُجْبَرُ
عَلَى الْإِنْفَاقِ عَلَى مَالِ نَفْسِهِ ، وَلَا مَالٍ غَيْرِهِ ، إِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُنْفَرِدًا ، فَكَذَلِكَ
إِذَا اجْتَمَعَا . وَأَصْلُ الْوَجْهَيْنِ إِذَا اسْتَهْذَمَ الْحَائِطُ الْمُشْتَرَكُ ، فَدَعَا أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الْآخَرَ
إِلَى مُبَانَاتِهِ ، فَاِمْتَنَعَ . وَيَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ التَّفَقُّعُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ قِيمَةِ حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ،
كَأَلَوْ كَانَا مُشْتَرِكَيْنِ فِي أَصْلِ الزَّرْعِ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ^(٣٣) بِخَاتَمٍ ، وَلَا آخَرَ بِفَصِّهِ ، صَحَّ ، وَلَيْسَ لَوَاحِدٍ
مِنْهُمَا الْإِنْتِفَاعُ بِهِ إِلَّا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ ، وَأَيُّهُمَا طَلَّبَ قَلَعَ الْفَصَّ مِنَ الْخَاتَمِ أُجِيبَ إِلَيْهِ ،
وَأُجْبِرَ الْآخَرُ عَلَيْهِ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى بَيْعِهِ ، أَوْ اضْطَلَّحَا عَلَى لُبْسِهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهُمَا
لَا يَغْدُوهُمَا .

(٢٩) في م : « بِالْإِجَارَةِ » .

(٣٠) في ١ ، ب ، م : « الْمَالِ » .

(٣١) في الأصل ، ١ : « إِضْرَارَ » . وَتَقْدِمُ فِي الْمَسْأَلَةِ نَفْسُهَا .

(٣٢) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي ٥١٦/٦ .

(٣٣) في م : « لَهُ » .

فصل : وإن أوصى لرجل دينار من غلة داره ، وغلتها ديناران ، صح . فإن أراد الورثة بيع نصفها وترك النصف الذي أجره دينار ، فله منعهم منه ؛ لأنه يجوز أن ينقص أجره عن الدينار . وإن كانت الدار لا تخرج من الثلث ، فلهم بيع ما زاد عليه ، وعليهم ترك الثلث . فإن كانت غلته ديناراً ، أو أقل ، فهو للموصى له ، وإن كانت أكثر ، فله دينار ، والباقي للورثة .

فصل : وتصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه ، كالعبد الآبق ، والجمل الشارد ، والطير في الهواء ، والسملك في الماء ؛ لأن الوصية إذا صححت بالمعدوم فبذلك أولى . ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث ، وهذا يورث ، فيوصى به ؛ فإن قدر عليه أخذه ، وسلمه إذا خرج من الثلث ، وللوصى السعي في تحصيله ، فإن قدر عليه أخذه إذا خرج من الثلث .

٩٦٧ - مسألة ؛ قال : (وإذا أوصى بجارية لبشر ، ثم أوصى بها لبكر ، فهي بينهما)

وجملة ذلك ، أنه إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ، ثم وصى به لآخر ، أو وصى له بثلثه ، ثم وصى لآخر بثلثه ، أو وصى بجميع ماله لرجل ، ثم وصى به لآخر ، فهو بينهما . ولا يكون ذلك رجوعاً في الوصية الأولى . وبهذا قال ربيعة ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي . وقال جابر بن زيد ، والحسن ، وعطاء ، وطاوس ، وداود : وصيته للأخير منهما ؛ لأنه وصى للثاني بما وصى به للأول ، فكان رجوعاً ، كما لو قال : ما وصيت به لبشر فهو لبكر . ولأن الثانية تنافي الأولى ، فإذا أتى بها كان رجوعاً ، كما لو قال : هذا لورثتي . ولنا ، أنه وصى لهما بها ، فاستويا فيها ، كما لو قال لهما : وصيت لكما بالجارية . وما قاسوا عليه صرح فيه بالرجوع عن وصيته لبشر ، وفي مسائلنا يَحْتَمِلُ أنه قصد التشريك ، فلم تبطل وصية الآخر بالشك .

فصل : وإن وصى بعبد لرجل ، ثم وصى لآخر بثلثه ، فهو بينهما أرباعاً . وعلى

قول الآخرین ، یَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ لِلثَّانِي ثُلُثُهُ كَامِلًا . وَإِنْ وَصَّى بِعَبْدِهِ لِاثْنَيْنِ ، فَرَدَّ أَحَدَهُمَا وَصِيَّتَهُ ، فَلَا آخَرَ نَصْفُهُ . وَإِنْ وَصَّى لِاثْنَيْنِ بثلثي ماله ، فَرَدَّ الْوَرَثَةُ ذَلِكَ ، وَرَدَّ أَحَدَ الْوَصِيِّينَ وَصِيَّتَهُ ، فَلَا آخَرَ الثُّلُثُ كَامِلًا ؛ لِأَنَّهُ وَصَّى لَهُ بِهِ مُنْفَرِدًا ، وَزَالَتِ الْمُرَاحْمَةُ ، فَكَمُلَ لَهُ ، كَمَا لَوْ انفَرَدَ بِهِ .

فصل : إِذَا أَقَرَّ الْوَارِثُ أَنَّ أَبَاهُ وَصَّى بِالثُّلُثِ لِبَشَرٍ ، وَأَقَامَ آخَرَ شَاهِدَيْنِ أَنَّهُ وَصَّى لَهُ بِالثُّلُثِ ، فَرَدَّ الْوَارِثُ الْوَصِيَّتَيْنِ ، وَكَانَ الْوَارِثُ رَجُلًا عَاقِلًا عَدْلًا ، وَشَهِدَ بِالْوَصِيَّةِ ، حَلَفَ مَعَهُ الْمُوصَى لَهُ ، وَاشْتَرَكَ فِي الثُّلُثِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو ثَوْرٍ . وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا يُشَارِكُهُ الْمُقَرَّرُ لَهُ . بِنَاءً مِنْهُمْ عَلَى أَنَّ الشَّاهِدَ وَالْيَمِينَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ شَرْعِيَّةٍ . وَقَدْ ثَبَتَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بِشَاهِدٍ وَيَمِينَ . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ^(١) . وَإِنْ كَانَ الْمُقَرَّرُ لَيْسَ بِعَدْلٍ ، أَوْ كَانَ امْرَأَةً ، فَالْثُّلُثُ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ الْبَيِّنَةُ ؛ لِأَنَّ وَصِيَّتَهُ ثَابِتَةٌ ، وَلَمْ يَثْبُتْ وَصِيَّةُ الْآخَرِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، / فَأَقَرَّ الْوَارِثُ أَنَّهُ أَقَرَّ لِفُلَانٍ بِالثُّلُثِ ، أَوْ بِهَذَا الْعَبْدِ ، وَأَقَرَّ لِفُلَانٍ بِهِ بِكَلَامٍ مُتَّصِلٍ ، فَالْمُقَرَّرُ بِهِ بَيْنَهُمَا . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا . وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ لَوَاحِدٍ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِهِ لآخَرَ فِي مَجْلِسٍ آخَرَ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ ^(٢) لِلأَوَّلِ بِإِقْرَارِهِ ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَنْقُصُ بِهِ حَقَّ الْأَوَّلِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَدْلًا ، فَيَشْهَدُ بِذَلِكَ ، وَيَحْلِفُ مَعَهُ الْمُقَرَّرُ لَهُ ، فَيُشَارِكُهُ ، كَمَا لَوْ ثَبَتَ لِلأَوَّلِ ^(٣) بَيِّنَةٌ ^(٤) . وَإِنْ أَقَرَّ لِلثَّانِي فِي الْمَجْلِسِ بِكَلَامٍ

٢٧/٦ ط

(١) في : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأفضية . صحيح مسلم ١٣٣٧/٣ .
كما أخرجه أبو داود ، في : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢٧٧/٢ . وابن
ماجه ، في : باب القضاء بالشاهد واليمين ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٣/٢ . والإمام أحمد ، في :
المسند ٢٤٨/١ ، ٣١٥ ، ٣٢٣ .

(٢) في م : « ثبت » .

(٣) في الأصل ، ١ : « الأول » .

(٤) في م : « بينة » .

مُتَّصِلٌ^(٥) ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، لَا يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْأَوَّلِ ثَبَتَ فِي الْجَمِيعِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَقَرَّ لَهُ فِي مَجْلِسٍ آخَرَ . وَالثَّانِي ، يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ الْمَجْلِسَ الْوَاحِدَ كَالْحَالِ الْوَاحِدَةِ ، فَإِنْ خَلَفَ ابْنًا وَالْفَرَسَ ، فَأَقَرَّ بِهِ الرَّجُلُ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِالْفَرَسِ لآخر ، فَإِنْ كَانَ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ ، فَلَا لَفَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ كَانَ فِي مَجْلِسَيْنِ ، فَهِيَ لِلأَوَّلِ ، وَلَا شَيْءَ لِلثَّانِي . وَالأَوَّلُ أَقْبَسُ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْأَوَّلِ ثَبَتَ فِي الثَّلَاثِ كَامِلًا ، لِإِقْرَارِهِ بِهِ^(٦) مُتَّفَرِّدًا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ فِي مَجْلِسَيْنِ ، وَكَالَوْ أَقَرَّ بِدَرَاهِمَ ، ثُمَّ سَكَتَ ، ثُمَّ قَالَ : زَيْوْفًا ، أَوْ صِغَارًا ، أَوْ إِلَى شَهْرٍ . أَوْ كَالَوْ اسْتَشْنَى مِمَّا أَقَرَّ بِهِ بِكَلَامٍ مُتَفَصِّلٍ فِي الْمَجْلِسِ .

٩٦٨ - مسألة ؛ (وَإِنْ قَالَ : مَا أَوْصَيْتُ بِهِ لِبَشَرٍ فَهُوَ لِبَكْرٍ . كَأَنْتَ لِبَكْرٍ)

هَذَا قَوْلُهُمْ جَمِيعًا . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَهُوَ أَيْضًا عَلَى مَذْهَبِ الْحَسَنِ ، وَعَطَّيَاءٍ ، وَطَاوُسٍ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ؛ لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِالرُّجُوعِ عَنِ الْأَوَّلِ بِذِكْرِهِ أَنَّ مَا أَوْصَى بِهِ مَرْدُودٌ إِلَى الثَّانِي ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : رَجَعْتُ عَنْ وَصِيَّتِي لِبَشَرٍ وَأَوْصَيْتُهَا لِبَكْرٍ . بِخِلَافِ مَا^(١) (إِذَا وَصَّى) بِشَيْءٍ وَاحِدٍ لِرَجُلَيْنِ ، أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْآخَرِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ قَصَدَ التَّشْرِيكَ بَيْنَهُمَا ، وَقَدْ ثَبَتَتْ وَصِيَّةُ الْأَوَّلِ يَقِينًا ، فَلَا تَزُولُ بِالشَّكِّ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : مَا أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ ، فَنَصَفُهُ لِفُلَانٍ ، أَوْ ثُلُثُهُ . كَانَ رُجُوعًا فِي الْقَدْرِ الَّذِي وَصَّى بِهِ لِلثَّانِي خَاصَّةً ، وَبَاقِيَهُ لِلأَوَّلِ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « مُتَّصِلٌ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « لَهُ » .

(١ - ١) فِي م : « أَوْصَى » .

فصل : وأجمع أهل العلم على أن للموصي أن يرجع في جميع ما أوصى به ، وفي بعضه ، إلا الوصية / بالإعتاق . والأكثرون على جواز الرجوع في الوصية به أيضاً .
 روى عن عمر ، رضي الله عنه ، أنه قال : **يُغَيَّرُ الرَّجُلُ مَا شَاءَ مِنْ وَصِيَّتِهِ** . وبه قال عطاء ، وجابر بن زيد ، والزهرى ، وقتادة ، ومالك ، والشافعى ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور . وقال الشعبي ، وابن سيرين ، وابن شبرمة ، والنخعي : **يُغَيَّرُ** منها ما شاء إلا العتق ؛ لأنه إعتاق بعد الموت ، فلم يملك تغييره ، كالنذير . ولنا ، أنها وصية ، فملك الرجوع عنها ، كغير العتق ، ولأنها عطية تنجز بالموت ، فجاز له الرجوع عنها قبل تنجزها ، كهيبة ما يفتقر إلى القبض قبل قبضه ^(٢) ، وفارق التدبير ، فإنه تعليق على شرط ، فلم يملك تغييره ، كتعليقه على صفة في الحياة .

فصل : ويحصل الرجوع بقوله : رجعت في وصيتي . أو أبطلتها ، أو غيرتها . أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان . أو فهو لورثتي . أو في ميراثي . وإن أكله ، أو أطعمه ، أو أثلفه ، أو وهبه ، أو تصدق به ، أو باعه ، أو كان ثوباً غير مفصل ففصله ولبسه ، أو جارية فأحبها ، أو ما أشبه هذا ، فهو رجوع . قال ابن المنذر : **أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم ، أنه إذا أوصى لرجل بطعام فأكله ، أو بشيء فأثله ، أو تصدق به ، أو وهبه ، أو بجارية فأحبها ، أو أولدها ، أنه يكون رجوعاً .** وحكى عن أصحاب الرأي ، أن بيعه ليس برجوع ؛ لأنه أخذ بدله ، بخلاف الهبة . ولنا ، أنه أزال ملكه عنه ، فكان رجوعاً ، كالوهبه . وإن عرضه على البيع ، أو وصى ببيعه ، أو أوجب الهبة فلم يقبلها الموهوب له ، أو كاتبه ، أو وصى بإعتاقه ، أو ذبزه ، كان رجوعاً ؛ لأنه يدل على اختياره للرجوع بعرضه على البيع ، وإيجابه للهبة ، ووصيته ببيعه أو إعتاقه ، لكونه وصى بما ينافي الوصية الأولى ، والكتابة بيع ، والتدبير أقوى من الوصية ؛ لأنه ينجز بالموت ، فيسبق أخذ الموصى له . وإن رهنه ، كان

(٢) في الأصل : « تقيضه » .

رُجوعًا ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَ / بِهِ حَقًّا يَجُوزُ بَيْعُهُ ، فَكَانَ أَعْظَمَ مِنْ غَرَضِهِ عَلَى الْبَيْعِ . وَفِيهِ وَجْهٌ
 آخَرٌ ، أَنَّهُ لَيْسَ بِرُجُوعٍ . وَهُوَ وَجْهٌ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُزِيلُ الْمَلِكَ ، فَأَشْبَهَ
 إِجَارَتَهُ ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْكِتَابَةِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِحَبٍّ ثُمَّ طَحَنَهُ ، أَوْ بَدَّقِيْقٍ فَعَجَنَهُ ، أَوْ بَعَجِينَ فَحَبَّرَهُ ، أَوْ بِخَبْزٍ
 فَفَتَّهُ ، أَوْ جَعَلَهُ فَيْتًا . كَانَ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ أزالَ اسْمَهُ وَعَرَّضَهُ لِلِاسْتِعْمَالِ ، فَذَلَّ عَلَى
 رُجُوعِهِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَإِنْ وَصَّى بِكُتَّانٍ أَوْ قُطْنٍ فَغَزَلَهُ ، أَوْ بِغَزَلٍ فَتَسَجَّهُ ،
 أَوْ بِثَوْبٍ فَقَطَعَهُ ، أَوْ بِنُقْرَةٍ فَضَرَبَهَا ، أَوْ شَاةٍ فَذَبَحَهَا ، كَانَ رُجُوعًا . وَبِهَذَا قَالَ
 أَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي ظَاهِرِ مَذْهَبِهِ . وَاخْتَارَ أَبُو الْحَطَّابِ أَنَّهُ لَيْسَ بِرُجُوعٍ .
 وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُزِيلُ الْاسْمَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَرَّضَهُ لِلِاسْتِعْمَالِ ، فَكَانَ رُجُوعًا ،
 كَالَّتِي قَبْلَهَا . وَلَا يَصِحُّ قَوْلُهُ : إِنَّهُ لَا يُزِيلُ الْاسْمَ . فَإِنَّ الثَّوْبَ لَا يُسَمَّى غَزْلًا ، وَالْغَزْلَ
 لَا يُسَمَّى كُتَّانًا .

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِشَيْءٍ مُعَيَّنٍ ، ثُمَّ خَلَطَهُ بِغَيْرِهِ عَلَى وَجْهِهِ لَا يَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، كَانَ
 رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَدَّرُ بِذَلِكَ تَسْلِيمُهُ ، فَيَذَلُّ عَلَى رُجُوعِهِ . فَإِنْ خَلَطَهُ بِمَا يَتَمَيَّزُ مِنْهُ ،
 لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ تَسْلِيمَهُ . وَإِنْ وَصَّى بِقَفِيزٍ قَمَحٍ مِنْ صُبْرَةٍ ، ثُمَّ خَلَطَهَا
 بِغَيْرِهَا ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ، سِوَاءَ خَلَطَهَا بِمِثْلِهَا ، أَوْ بِخَيْرٍ مِنْهَا ، أَوْ دُونِهَا ؛ لِأَنَّهُ كَانَ
 مُشَاعًا وَبَقِيَ مُشَاعًا . وَقِيلَ : إِنْ خَلَطَهُ بِخَيْرٍ مِنْهُ ، كَانَ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ تَسْلِيمُهُ
 الْمُوصَى بِهِ ^(٣) إِلَّا بِتَسْلِيمِ خَيْرٍ مِنْهُ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْوَارِثِ تَسْلِيمُ خَيْرٍ مِنْهُ ، فَصَارَ
 مُتَعَدِّرَ التَّسْلِيمِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا خَلَطَهُ بِمِثْلِهِ أَوْ دُونِهِ .

فصل : وَإِذَا حَدَّثَ بِالْمُوصَى بِهِ مَا يُزِيلُ اسْمَهُ ، مِنْ غَيْرِ فِعْلِ الْمُوصَى ، مِثْلُ أَنْ
 سَقَطَ الْحَبُّ فِي الْأَرْضِ فَصَارَ زَرْعًا ، أَوْ انْهَدَمَتِ الدَّارُ فَصَارَتْ فَضَاءً ، فِي حَيَاةِ
 الْمُوصَى ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ بِهَا ؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَ لَا يَتَنَاوَلُهُ الْاسْمُ . وَإِنْ كَانَ انْهَدَامُ الدَّارِ

(٣) فِي الْأَصْلِ : (مِنْهُ) .

لا يُزِيلُ اسْمَهَا ، سَلِمَتْ إِلَيْهِ دُونَ مَا انْفَصَلَ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ /الاسْمَ حِينَ الْاسْتِحْقَاقِ يَفْعُ عَلَى الْمُتَصِلِ دُونَ الْمُتَفَصِّلِ . وَيَتَّبِعُ الدَّارَ فِي الْوَصِيَّةِ مَا يَتَّبِعُهَا فِي الْبَيْعِ .

فصل : وَإِنْ جَحَدَ الْوَصِيَّةَ ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ ، فَلَا يَنْطَلُ بِالْجُحُودِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ . وَالثَّانِي ، يَكُونُ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُرِيدُ إِصْلَاحَهُ إِلَى الْمُوصَى لَهُ . وَإِنْ غَسَلَ الثَّوبَ ، أَوْ لَبَسَهُ ، أَوْ جَصَّصَ الدَّارَ ، أَوْ سَكَنَهَا ، أَوْ أَجَرَ الْأَمَةَ ، أَوْ زَوَّجَهَا ، أَوْ عَلَّمَهَا ، أَوْ وَطَّئَهَا ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُزِيلُ الْمِلْكَ وَلَا الْاسْمَ ، وَلَا يَدُلُّ عَلَى الرُّجُوعِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ وَطْءَ الْأَمَةِ رُجُوعٌ ؛ لِأَنَّهُ يُعَرِّضُهَا لِلخُرُوجِ عَنْ جَوَازِ النَّقْلِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ انْتِفَاعٌ لَا يُزِيلُ الْمِلْكَ فِي الْحَالِ ، وَلَا يُفْضِي إِلَيْهِ يَقِينًا ، فَاشْتَبَهَ لُبْسَ الثَّوبِ ، فَإِنَّهُ رُبَّمَا أَتْلَفَهُ ، وَلَيْسَ بِرُجُوعٍ .

فصل : نَقَلَ الْحَسَنُ بْنُ ثَوَابٍ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رَجُلٍ قَالَ : هَذَا ثُلُثِي لِفُلَانٍ ، وَيُعْطَى فُلَانٌ مِنْهُ مِائَةٌ فِي كُلِّ شَهْرٍ إِلَى أَنْ يَمُوتَ . فَهُوَ لِلْآخِرِ مِنْهُمَا ، وَيُعْطَى هَذَا مِائَةٌ فِي كُلِّ شَهْرٍ ، فَإِنْ مَاتَ وَفَضَلَ شَيْءٌ ، رُدَّ إِلَى صَاحِبِ الثُّلُثِ . فَحَكَمَ بِصِحَّةِ الْوَصِيَّةِ وَإِنْفَادِهَا ، عَلَى مَا أَمَرَ بِهِ الْمُوصِي .

٩٦٩ - مَسْأَلَةٌ : قَالَ : (وَمَنْ كَتَبَ وَصِيَّةً ، وَلَمْ يُشْهِدْ فِيهَا ، حُكِمَ بِهَا ، مَا لَمْ يُعْلَمْ رُجُوعُهُ عَنْهَا)

نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا ، فِي رِوَايَةِ إِسْحَاقَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ ، فَقَالَ : مَنْ مَاتَ ، فَوُجِدَتْ وَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةً عِنْدَ رَأْسِهِ ، وَلَمْ يُشْهِدْ فِيهَا ، وَعُرِفَ خَطُّهُ ، وَكَانَ مَشْهُورَ الْخَطِّ ، يُقْبَلُ مَا فِيهَا . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الْخَطُّ فِي الْوَصِيَّةِ ، وَلَا يُشْهِدُ عَلَى الْوَصِيَّةِ الْمَخْتُومَةِ حَتَّى يَسْمَعَ الشُّهُودَ مِنْهُ ، أَوْ تُقْرَأَ عَلَيْهِ ، فَيُقَرَّرَ بِمَا فِيهَا . وَبِهَذَا قَالَ (١)

(١) سقط من : ١ ، م .

الحَسَنُ، وأبو قَلَابَةَ، والشافِعِيُّ، وأبو ثَوْرٍ، وأصحابُ الرَّأْيِ؛ لَأَنَّ الحُكْمَ لَا يَجُوزُ بِرُؤْيَةِ خَطِّ الشَّاهِدِ بِالشَّهَادَةِ بِالإِجْمَاعِ، فَكَذَاهُنَا، وَأَبْلَغُ مِنْ هَذَا/ أَنَّ الحَاكِمَ لَوْ رَأَى حُكْمَهُ بِخَطِّهِ تَحْتَهُ^(٢) خَتَمَهُ، وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّهُ حَكَمَ بِهِ، أَوْ رَأَى الشَّاهِدُ شَهَادَتَهُ بِخَطِّهِ، وَلَمْ يَذْكُرْ الشَّهَادَةَ، لَمْ يَجْزِ لِلْحَاكِمِ إِنْفَاقُ الحُكْمِ بِمَا وَجَدَهُ، وَلَا لِلشَّاهِدِ الشَّهَادَةُ بِمَا رَأَى خَطِّهِ بِهِ، فَهُنَا أَوَّلَى. وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا فِي الشَّهَادَةِ. وَوَجْهُ قَوْلِ الخِرَقِيِّ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: « مَا حَقَّ^(٣) أَمْرِي مُسْلِمٍ، لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ، إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ^(٤) ». وَلَمْ يَذْكُرْ شَهَادَةً^(٥). وَمَا ذَكَرْنَاهُ فِي الْفَصْلِ^(٦) الَّذِي يَلِي هَذَا، وَلِأَنَّ الوَصِيَّةَ يُتَسَامَحُ فِيهَا، وَلِهَذَا صَحَّ تَغْلِيْقُهَا عَلَى الْخَطِّ وَالْعَرْرِ، وَصَحَّتْ لِلْحَمْلِ، وَبِهِ^(٧)، وَمَا لَا يُقَدَّرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ، وَبِالْمَعْدُومِ وَالْمَجْهُولِ، فَجَازَ أَنْ يُتَسَامَحَ فِيهَا بِقَبُولِ الْخَطِّ، كِرَوَايَةِ الْحَدِيثِ.

فصل: وَإِنْ كَتَبَ وَصِيَّتَهُ، وَقَالَ: أَشْهَدُوا عَلَيَّ بِمَا فِي هَذِهِ الْوَرَقَةِ. أَوْ قَالَ: هَذِهِ وَصِيَّتِي، فَاشْهَدُوا عَلَيَّ بِهَا. فَقَدْ حُكِيَ عَنْ أَحْمَدَ، أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا كَتَبَ وَصِيَّتَهُ، وَخَتَمَ عَلَيْهَا، وَقَالَ لِلشُّهُودِ: أَشْهَدُوا عَلَيَّ بِمَا فِي هَذَا الْكِتَابِ. لَا يَجُوزُ حَتَّى يَسْمَعُوا مِنْهُ مَا فِيهِ، أَوْ يُقْرَأَ عَلَيْهِ فَيَقْرَأَ بِمَا فِيهِ. وَهُوَ قَوْلُ مَنْ سَمِعْنَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى. وَيَخْتَمِلُ كَلَامُ الخِرَقِيِّ جَوَازَهُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قَبِلَ خَطَّهُ الْمُجَرَّدَ، فَهَذَا أَوَّلَى. وَمِمَّنْ قَالَ ذَلِكَ عَبْدُ الْمَلِكِ ابْنُ يَعْلَى^(٨)، وَمَكْحُولٌ، وَنُمَيْرُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ^(٩)، وَمَالِكٌ، وَاللَّيْثُ، وَالْأَوْزَاعِيُّ،

(٢) فِي الْأَصْلِ، أ: « تَحْتِ ».

(٣) م: « مِنْ ».

(٤) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٣٨٩.

(٥) فِي أ، ب، م: « شَهَادَتُهُ ».

(٦) فِي أ، م، زِيَادَةٌ: « الْأَوَّلِ ».

(٧) سَقَطَتْ الْوَاوُ مِنْ: م.

(٨) عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ يَعْلَى اللَّيْثِيُّ، قَاضِي الْبَصْرَةِ، رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مَرْسَلًا، وَعَنْ عِمْرَانَ بْنِ حَصِينٍ، ثِقَةٍ،

تَوَفَّى سَنَةَ مِائَةٍ. تَهْذِيبُ التَهْذِيبِ ٤٢٩/٦.

(٩) لَمْ نَجِدْ نُمَيْرَ بْنَ إِبْرَاهِيمَ. وَلَعَلَّ الْمَقْصُودَ نُمَيْرَ بْنِ أَوْسِ الْأَشْعَرِيِّ، قَاضِي دِمَشْقَ، مُعَاَصِرُ مَكْحُولٍ. انْظُرْ: أَخْبَارُ

الْقَضَاةِ لَوْكَيْعٍ ٢٠٤/٣ - ٢٠٦. الْإِسْكَالُ ٣٦٣/٧.

ومحمد بن مسلمة ، وأبو عبيد ، وإسحاق . واحتج أبو عبيد بكتب رسول الله ﷺ إلى عماله وأمرائه ، في أمر ولأيته وأحكامه وسننه^(١٠) ، ثم ما عملت به الخلفاء الراشدون المهديون بعده من كتبهم إلى ولاتهم ، بالأحكام التي فيها الدماء والفروج والأموال ، ينعثون بها محتومة ، لا يعلم حاملها ما فيها ، وأمنضوها على وجوهها ، وذكر استخلاف سليمان بن عبد الملك عمر بن عبد العزيز ، بكتاب كتبه ، وختم عليه ، ولا تعلم أحدا أنكرك ذلك مع شهرته وانتشاره / في علماء العصر ، فكان إجماعا .
 ٣٠/٦
 وجه الأول أنه كتاب لا يعلم الشاهد ما فيه ، فلم يجز أن يشهد عليه ، ككتاب القاضي إلى القاضي ، فأما ما ثبت من الوصية ، بشهادة أو إقرار الورثة به ، فإنه يثبت حكمه ويعمل به ، ما لم يعلم رجوعه عنه ، وإن طالت مدته ، وتغيرت أحوال الموصى به ، مثل أن يوصى في مرض فيبرأ منه ، ثم يموت بعد أو يقتل ؛ لأن الأصل بقاءه ، فلا يزول حكمه بمجرد الاختمال والشك ، كسائر الأحكام .

فصل : ويستحب أن يكتب الموصي وصيته ، ويشهد عليها ؛ لأنه أحفظ لها .
 وأخوط لما فيها . وقد صح أن النبي ﷺ قال : « ماحق أمرىء مسلم ، له شئ يوصى فيه ، يبيت ليلتين ، إلا ووصيته مكتوبة عنده »^(١١) . وروى عن أنس ، أنه قال :

(١٠) انظر ما أخرجه البخارى ، فى : باب ما يذكر فى المناولة وكتاب أهل العلم ... ، من كتاب العلم ، وفى : باب دعوة اليهودى والنصرانى ... ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب اتخاذ الخاتم ليختم به ... ، من كتاب اللباس ، وفى : باب كتاب الحاكم ... ، من كتاب الأحكام . صحيح البخارى ١/٢٥ ، ٢٦ ، ٥٤/٤ ، ٢٠٣/٧ ، ٩٣/٩ . ومسلم ، فى : باب القسامة ، من كتاب القسامة ، وفى : باب اتخاذ النبى ﷺ خاتما ... ، من كتاب اللباس . صحيح مسلم ٣/١٢٩٤ ، ١٦٥٧ . وأبو داود ، فى : باب القتل بالقسامة ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٢/٤٨٤ ، ٤٨٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى القسامة ، من أبواب الديات . عارضة الأحوذى ١٩٢/٦ ، ١٩٣ . والنسائى ، فى : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر سهل فيه ، من كتاب القسامة ، وفى : باب صفة خاتم النبى ﷺ ، من كتاب الزينة . المجتبى ٨/٧ ، ٨ ، ١٥١ ، ١٥٢ . وابن ماجه ، فى : باب القسامة ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٢/٨٩٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/١٦٨ ، ١٦٩ ، ١٨٠ ، ١٨١ ، ٢٢٣ ، ٢٧٥ ، ٣/٤ .

(١١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٨٩ .

كانوا يَكْتُبُونَ فِي صُدُورِ وَصَايَاهُمْ : بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ . هَذَا مَا أَوْصَى بِهِ فَلَانٌ ،
أَنَّهُ يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ ، وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ ، وَأَنْ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ ، وَأَنَّ السَّاعَةَ
آتِيَةٌ لَا رَيْبَ فِيهَا ، وَأَنَّ اللَّهَ يَبْعَثُ مَنْ فِي الْقُبُورِ ، وَأَوْصَى مِنْ تَرَكَ مِنْ أَهْلِهِ أَنْ يَتَّقُوا اللَّهَ ،
وَيُصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِهِمْ ، وَيُطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِنْ كَانُوا مُؤْمِنِينَ ، وَأَوْصَاهُمْ بِمَا أَوْصَى بِهِ
إِبْرَاهِيمُ بَيْنَهُ وَيَعْقُوبُ : ﴿ يَا بَنِيَّ إِنَّ اللَّهَ اصْطَفَى لَكُمُ الدِّينَ فَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ
مُسْلِمُونَ ﴾ ^(١٢) . أَخْرَجَهُ سَعِيدٌ ^(١٣) ، عَنْ فَضِيلِ بْنِ عِيَاضٍ ، عَنْ هِشَامِ بْنِ
حَسَّانٍ ، عَنْ ابْنِ سِيرِينَ ، عَنْ أَنَسٍ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، أَنَّهُ كَتَبَ ^(١٤) فِي
وَصِيَّتِهِ ^(١٥) : بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ . هَذَا ذِكْرُ مَا أَوْصَى بِهِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ ، إِنْ
حَدَّثَ بِي حَدِيثُ الْمَوْتِ مِنْ مَرَضِي هَذَا ، أَنْ مَرَجَعَ وَصِيَّتِي إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ^(١٦) ، ثُمَّ إِلَى
الزُّبَيْرِ بْنِ الْعَوَّامِ ، وَابْنِهِ عَبْدِ اللَّهِ ، وَأَتَاهُمَا فِي حِلٍّ وَبَلٍّ فِيمَا وَلِيَا وَقَضَيَا ، وَأَنَّهُ لَا تَزْوُجُ
امْرَأَةً مِنْ بَنَاتِ عَبْدِ اللَّهِ إِلَّا بِإِذْنِهِمَا ^(١٧) . / وَرَوَى ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ قَالَ : كَانَ فِي وَصِيَّةِ أَبِي
الدَّرْدَاءِ : بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ . هَذَا مَا أَوْصَى بِهِ أَبُو الدَّرْدَاءِ ، أَنَّهُ يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ
إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ ، وَأَنْ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ ، وَأَنَّ الْجَنَّةَ حَقٌّ ، وَأَنَّ النَّارَ حَقٌّ ،
وَأَنَّ اللَّهَ يَبْعَثُ مَنْ فِي الْقُبُورِ ، وَأَنَّهُ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَيَكْفُرُ بِالطَّاغُوتِ ، عَلَى ذَلِكَ يَخْيَا
وَيَمُوتُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، وَأَوْصَى فِيمَا رَزَقَهُ اللَّهُ تَعَالَى ، بِكَذَا وَكَذَا ، وَأَنْ هَذِهِ وَصِيَّتُهُ
إِنْ لَمْ يُعَيِّرْهَا .

٣٠/٦ ظ

٩٧٠ - مسألة ؛ قال : (وَمَا أُعْطِيَ فِي مَرَضِهِ الَّذِي مَاتَ فِيهِ ، فَهُوَ مِنَ الثَّلَاثِ)

وجملة ذلك أَنَّ التَّبَرُّعَاتِ الْمُنْجِزَةَ ، كَالْعَتَقِ ، وَالْمُحَابَاةِ ، وَالْهِبَةِ الْمَقْبُوضَةِ ،

(١٢) سورة البقرة ١٣٢

(١٣) وأخرجه الدارمي ، في : باب ما يستحب بالوصية من التشهد والكلام ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمي

٤٠٤/٢ . وعبد الرزاق ، في : باب كيف تكتب الوصية ، من كتاب الوصايا . المصنف ٥٣/٩ .

(١٤ - ١٤) سقط من : م .

(١٥) في ١ ، م زيادة : « وإلى رسوله » .

(١٦) أخرجه البيهقي ، في : باب الأوصياء ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٢٨٢/٦ ، ٢٨٣ .

والصَّدَقَةُ ، والوَقْفُ ، والإِبْرَاءُ مِنَ الدَّيْنِ ، والعَفْوُ عَنِ الْجَنَائِدِ الْمُوجِبَةِ لِلْمَالِ ، إذا كانت في الصَّحَّةِ فهي من رَأْسِ الْمَالِ . لَا تَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَإِنْ كَانَتْ فِي مَرَضٍ مَخُوفٍ اتَّصَلَ بِهِ الْمَوْتُ ، فهي من ثُلْثِ الْمَالِ ، فِي قَوْلِ جُمْهُورِ الْعُلَمَاءِ . وَحُكِيَ عَنْ أَهْلِ الظَّاهِرِ فِي الْهَبَةِ الْمَقْبُوضَةِ أَنَّهَا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِنْ اللَّهُ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلْثِ أَمْوَالِكُمْ ، زِيَادَةٌ لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ ^(١) . وَهَذَا يَدُلُّ بِمَقْهُومِهِ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَكْثَرُ مِنَ الثُّلْثِ . وَرَوَى عِمْرَانُ بْنُ حُصَيْنٍ ، أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ أَعْتَقَ سَيِّئَةً أَعْبَدَ لَهُ فِي مَرَضِهِ ، لَا مَالَ لَهُ غَيْرَهُمْ ، فَاسْتَدْعَاهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَجَزَّاهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءَ ، وَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ ، وَأَرْقَّ أَرْبَعَةً . ^(٢) رَوَاهُ مُسْلِمٌ . وَإِذَا لَمْ يَنْفُذِ الْعَتَقُ مَعَ سِرَّائِهِ ، فغَيْرُهُ أَوْلَى . وَلِأَنَّ هَذِهِ الْحَالِ الظَّاهِرُ مِنْهَا الْمَوْتُ ، فَكَانَتْ عَطِيَّتُهُ ^(٣) فِيهَا فِي حَقِّ وَرَثَتِهِ لَا تَتَجَاوَزُ الثُّلْثَ ، كَالْوَصِيَّةِ .

فصل : وَحُكْمُ الْعَطَايَا فِي مَرَضِ الْمَوْتِ الْمَخُوفِ ، حُكْمُ الْوَصِيَّةِ فِي خَمْسَةِ أَشْيَاءَ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ ^(٤) يَقِفُ نَفُوذُهَا عَلَى خُرُوجِهَا مِنَ الثُّلْثِ أَوْ إِجَازَةِ ^(٥) الْوَرَثَةِ . / الثَّانِي ، أَنَّهَا لَا تَصِحُّ لِوَارِثٍ إِلَّا بِإِجَازَةِ بَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ . الثَّالِثُ ، أَنَّ فَضِيلَتَهَا نَاقِصَةٌ عَنْ فَضِيلَةِ الصَّدَقَةِ فِي الصَّحَّةِ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ عَنْ أَفْضَلِ الصَّدَقَةِ قَالَ : « أَنْ تَصَدَّقَ وَأَنْتَ صَحِيحٌ شَحِيحٌ ، تَأْمُلُ الْغِنَى وَتَحْشَى الْفَقْرَ وَلَا تُثْمِلُ حَتَّى إِذَا بَلَغْتَ الْحُلُقُومَ قُلْتَ لِفُلَانٍ كَذَا ، وَلِفُلَانٍ كَذَا ، وَقَدْ كَانَ لِفُلَانٍ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٦) . وَلَفْظُهُ : قَالَ رَجُلٌ :

و ٣١/٦

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٩٢ .

(٢ - ٣) سقط من : ١ ، وفي م : « متفق عليه » . وتقدم تخريجه في صفحة ٣٩٥ .

(٣) في ١ ، م : « عطية » .

(٤) في م : « أن » .

(٥) في ١ ، م : « وإجازة » .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب أي الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب الصدقة عند الموت ، من كتاب الوصايا . صحيح البخاري ١٣٦/٢ ، ١٣٧ ، ٥/٤ . ومسلم ، في : باب بيان أفضل الصدقة صدقة =

يارسول الله : أى الصدقة أفضل ؟ ^(٧) قال : « أن تصدق وأنت صحيح حريص » ^(٨) .
 الرابع ، أنه يُزاجمُ بها الوصايا في الثلث . الخامس ، أن خروجهما من الثلث مُعتبر حال
 الموت ، لا قبله ولا بعده . ويُفارق الوصية في سبعة أشياء ؛ أحدها ، أنها لازمة في حق
 المُعطى ليس له الرجوع فيها . وإن كثرت ، لأن المنع ^(٩) من الزيادة على الثلث ^(١٠) إنما
 كان لحق الورثة ، لا لحقه ، فلم يملك إجازتها ولا ردّها ، وإنما كان له الرجوع في
 الوصية ؛ لأن التبرع بها مشروط بالموت ^(١١) ، ففيمّا قبل الموت لم يوجد التبرع ولا
 العطية ، بخلاف العطية في المَرَض ، فإنه قد وجدت العطية منه ، والقبول من
 المُعطى ، والقبض ، فلزمَت كالوصية إذا قبلت بعد الموت وقُبضت . الثاني ، أن
 قبولها على الفور في حال ^(١٢) حياة المُعطى وكذلك ردّها ، والوصايا لا حُكْم لقبولها
 ولا ردّها إلا بعد الموت ؛ لما ذكرنا من أن العطية تُصرف في الحال ، فتعتبر شروطه
 وقت وجوده ، والوصية تُبرع بعد الموت ، فتعتبر شروطه بعد الموت . الثالث ،
 أن العطية تُفتقر إلى شروطها المشروطة لها في الصحة ؛ من العلم ، وكونها لا يصح
 تعليقها على شرط وغرر في غير العتق ، والوصية بخلافه . الرابع ، أنها تُقدّم على
 الوصية ، وهذا قول الشافعي ، وجمهور العلماء . وبه قال أبو حنيفة ،

= الصحيح الصحيح ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢ / ٧١٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في كراهية الإضرار في الوصية ، من كتاب الوصايا . سنن أبي داود
 ١٠٢/٢ . والنسائي ، في : باب أى الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥١/٥ . وابن ماجه ، في : باب
 النهى عن الإمساك في الحياة والتبذير عند الموت ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٩٠٣/٢ . والإمام أحمد ،
 في : المسند ٢/٢٣١ ، ٢٥٠ ، ٤١٥ ، ٤٤٧ .

(٧ - ٧) سقط من : م .

(٨ - ٨) في م : « على الزيادة من الثلث » .

(٩) تكرر في م قوله : « فلم يملك إجازتها ولا ردّها وإنما كان له الرجوع في الوصية لأن التبرع مشروط بالموت » .

(١٠) سقط من : الأصل ، ١ .

وأبو يوسف، وزُفر، إلّا في العتق، فإنّه حكى عنهم تقدّمه، لأنّ العتق يتعلّق به حقّ الله تعالى، ويسرى وقفه^(١١)، وينفدُ / في ملك الغير، فيجبُ تقدّمه. ولنا، أنّ العطيّة لازمة في حقّ المريض، فقدّمت على الوصيّة، كعطيّة الصّحة،^(١٢) ولأنّها عطيّة بشمريّة، فقدّمت على العتق، كعطيّة الصدقة^(١٣)، وكألوئساوى الحقّان. الخامس، أنّ العطايا إذا عجز الثلث^(١٤) عن جميعها، بُدئ بالأوّل فالأوّل، سواء كان الأوّل عتقاً^(١٥) أو غيره. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: الجميع سواء إذا كانت من جنس واحد، وإن كانت من أجناس، وكانت المحاباة متقدّمة قدّمت، وإن تأخّرت سوى بينها وبين العتق، وإنّما كان كذلك، لأنّ المحاباة حقّ آدمي على وجه المعاوضة، فقدّمت إذا تقدّمت، كقضاء الدين، وإذا تساوى جنسها سوى بينها؛ لأنّها عطايا من جنس واحد، تُعتبر من الثلث، فسوى بينها، كالوصيّة. وقال أبو يوسف، ومحمد: يُقدّم العتق، تقدّم أو تأخّر. ولنا، أنّهما عطيتان مُنجزتان، فكانت أولهما أولى، كما لو كانت الأولى مُحاباة عند أبي حنيفة، أو عتقاً عند صاحبه. ولأنّ العطيّة المُنجزّة لازمة في حقّ المعطي، فإذا كانت خارجة من الثلث، لزمّت في حقّ الورثة، فلو شاركتها الثانية، لمَنع ذلك لزومها في حقّ المعطي؛ لأنّه يملك الرجوع عن بعضها بعطيّة أخرى، بخلاف الوصايا، فإنّها غير لازمة في حقّه، وإنّما تُلزَم بالموت في حال واحدة، فاستويا لاستوائيهما في حال لزوميهما، بخلاف المُنجزّتين. وما قاله في المحاباة غير صحيح، فإنّها بمنزلة الهبة، ولو كانت بمنزلة المعاوضة أو الدين لما كانت من الثلث. فأما إن وقعت ذبعة واحدة، كأن^(١٥) وكل جماعة في هذه التبرعات، فأوقعوها ذبعة واحدة، فإن كانت كلها عتقاً أفرعنا

(١١) في الأصل، ١: : واقفه .

(١٢ - ١٣) سقط من : م .

(١٣) في م : : العتق .

(١٤) في م : : عتيقا .

(١٥) في الأصل، ١: : كأنه .

بينهم^(١٦) ، فَكَمَلْنَا الْعِتْقَ كُلَّهُ فِي بَعْضِهِمْ ، وَإِنْ كَانَتْ كُلُّهَا مِنْ غَيْرِ الْعِتْقِ ، قَسَمْنَا
الْثُلْثَ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدَرِ عَطَايَاهُمْ ، لِأَنَّهُمْ^(١٧) تَسَاوَوْا فِي الْاسْتِحْقَاقِ ، فَقُسِمَ بَيْنَهُمْ عَلَى
قَدَرِ حُقُوقِهِمْ ، كَعَمَاءِ الْمُفْلِسِ . وَإِنَّمَا خُولِفَ هَذَا الْأَصْلُ فِي الْعِتْقِ ، لِحَدِيثِ عِمْرَانَ
ابْنِ حُصَيْنٍ^(١٨) / ، وَلِأَنَّ الْقَصْدَ بِالْعِتْقِ تَكْمِيلُ^(١٩) الْأَحْكَامِ ، وَلَا تَكْمُلُ الْأَحْكَامُ إِلَّا
بِتَكْمِيلِ الْعِتْقِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّ فِي قِسْمَةِ الْعِتْقِ عَلَيْهِمْ إِضْرَارًا بِالْوَرَثَةِ وَالْمَيْتِ
وَالْعَبِيدِ ، عَلَى مَا يُذَكَّرُ فِي مَوْضِعِهِ . وَإِنْ وَقَعَتْ دُفْعَةً وَاحِدَةً ، وَفِيهَا عِتْقٌ وَغَيْرُهُ ، فَفِيهِ
رَوَاتَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ يُقَدَّمَ الْعِتْقُ لِتَأْكِيدِهِ^(٢٠) . وَالثَّانِي ، يُسَوَّى بَيْنَ الْكُلِّ ؛ لِأَنَّهَا
حُقُوقٌ تَسَاوَتْ فِي اسْتِحْقَاقِهَا ، فَتَسَاوَتْ فِي تَنْفِيزِهَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ،
وَذَلِكَ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَهَا حَصَلَ فِي حَالَةٍ^(٢١) وَاحِدَةٍ . السَّادِسُ ، أَنَّ الْوَاهِبَ إِذَا مَاتَ قَبْلَ
تَقْيِيزِهِ^(٢٢) الْهَبَةَ الْمُتَجَزَّةَ ، كَانَتْ الْخَيْرَةُ لِلْوَرَثَةِ ، إِنْ شَاءُوا قَبْضُوهَا ، وَإِنْ شَاءُوا
مَنْعُوهَا ، وَالْوَصِيَّةُ تَلْزَمُ بِالْقَبُولِ بَعْدَ الْمَوْتِ بِغَيْرِ رِضَاهُمْ .

فصل : إِذَا قَالَ الْمَرِيضُ : إِذَا أَعْتَقْتُ سَعْدًا ، فَسَعِيدٌ حُرٌّ . ثُمَّ أَعْتَقَ سَعْدًا ، عَتَقَ سَعِيدًا
أَيْضًا إِنْ خَرَجَا مِنَ الثُّلْثِ ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ إِلَّا أَحَدُهُمَا عَتَقَ سَعْدًا وَحْدَهُ ، وَلَمْ
يُفْرَغْ بَيْنَهُمَا لِوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ سَعْدًا سَبَقَ بِالْعِتْقِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ عَتَقَهُ شَرْطُ لِعِتْقِ
سَعِيدٍ ، فَلَوْ رَقَّ بَعْضُهُ لَفَاتَ إِعْتَاقُ سَعِيدٍ أَيْضًا لِقَوَاتِ شَرْطِهِ ، وَإِنْ بَقِيَ مِنَ الثُّلْثِ مَا
يَعْتَقُ بِهِ بَعْضُ سَعِيدٍ ، عَتَقَ تَمَامَ الثُّلْثِ مِنْهُ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ أَعْتَقْتُ سَعْدًا فَسَعِيدٌ وَعَمْرُو
حُرَّانِ . ثُمَّ أَعْتَقَ سَعْدًا ، وَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ إِلَّا أَحَدُهُمْ ، عَتَقَ سَعْدًا وَحْدَهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ،

(١٦) فِي ١ ، م : « بَيْنَهُمَا » .

(١٧) فِي م : « لِأَنَّهَا » .

(١٨) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٣٩٥ .

(١٩) فِي ١ ، م : « يَكْمُلُ » .

(٢٠) فِي ١ ، م : « لِتَأْكِيدِهِ » .

(٢١) فِي الْأَصْلِ : « حَالٌ » .

(٢٢) فِي ١ : « تَقْيِيزٌ » .

وإن خَرَجَ من الثُّلُثِ اثْنَانِ ، أو واحدٌ وبعضُ آخر ، عَتَقَ سَعْدٌ ، وأَقْرَعَ بين سَعِيدٍ وَعَمْرٍو فيما بَقِيَ من الثُّلُثِ ؛ لأنَّ عَتَقَهُمَا في حالٍ واحِدَةٍ ، وليس عَتَقَ أَحَدَهُمَا شَرْطًا في عَتَقِ الآخرِ . ولو خَرَجَ من الثُّلُثِ اثْنَانِ وبعضُ الثالثِ ، أقرعنا بينهما ، لِتَكْمِيلِ الحُرِّيَّةِ في أَحَدِهِمَا ، وَحُصُولِ التَّشْقِيقِ في الآخرِ . وإن قال : إن أَعْتَقْتُ سَعْدًا فَسَعِيدٌ حُرٌّ ، أو فَسَعِيدٌ وَعَمْرٍو حُرَّانِ في حالٍ إعتاقِي سَعْدًا . فالحُكْمُ سواءٌ لا يَخْتَلِفُ ؛ لأنَّ عَتَقَ سَعِيدَ شَرْطٌ لِعِتْقِهِمَا ، فلورَقَّ بعضُهُ لَفَاتَ شَرْطُ عِتْقِهِمَا ، فوَجِبَ تَقْدِيمُهُ . وإن كان الشَّرْطُ في الصَّحَّةِ والإِعْتاقِ في المَرَضِ ، فالحُكْمُ على ما ذَكَرْنَا .

ط ٣٢/٦

فصل : وإن قال : إن تَزَوَّجْتُ فَعَبْدِي / حُرٌّ . فَتَزَوَّجَ في مَرَضِهِ بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ ، فَالزَّيَادَةُ مُحَابَاةٌ مُعْتَبَرَةٌ مِنَ الثُّلُثِ . وإن لم تَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ إِلَّا الْمُحَابَاةُ أَوْ الْعَبْدُ ، فَالْمُحَابَاةُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهَا وَجَبَتْ قَبْلَ الْعِتْقِ ، لِكَوْنِ التَّزْوِيجِ شَرْطًا فِي عِتْقِهِ ، فَقَدْ سَبَقَتْ عِتْقُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَسَاوَيَا ؛ لِأَنَّ التَّزْوِيجَ سَبَبٌ لِثُبُوتِ الْمُحَابَاةِ ، وَشَرْطٌ لِلْعِتْقِ ، فَلَا يَسْبِقُ وُجُودُ أَحَدِهِمَا صَاحِبَهُ ، فَيَكُونَانِ سَوَاءً . ثم هل يُقَدَّمُ الْعِتْقُ عَلَى الْمُحَابَاةِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَهَذَا فِيمَا إِذَا ثَبَتَتِ الْمُحَابَاةُ أَنَّ لَا تَرْتِ الْمَرْأَةُ الزَّوْجَ ؛ إِمَّا لَوْجُودِ مَانِعٍ مِنَ الْإِزْثِ ، أَوْ لِمَفَارَقَتِهِ إِيَّاهَا فِي حَيَاتِهِ ، إِمَّا بِمَوْتِهَا أَوْ طَلَاقِهَا أَوْ نَحْوِهِ . فَأَمَّا إِنْ وَرَثَتْهُ ، تَبَيَّنَّا أَنَّهَا غَيْرُ ثَابِتَةٍ لَهَا إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرِثَةِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُقَدَّمَ الْعِتْقُ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا زِمَ غَيْرُ مَوْقُوفٍ عَلَى الْإِجَازَةِ ، فَيَكُونُ مُتَقَدِّمًا . وَإِنْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ فِي حَالِ تَزْوِيجِي . فَتَزَوَّجَ وَأَصْدَقَ أَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ ، فعلى القولِ الْأَوَّلِ يَتَسَاوَيَانِ ؛ لِأَنَّ التَّزْوِيجَ جُعِلَ حَالَهُ^(٢٣) لَا يِقَاعُ الْعِتْقِ ، كَمَا فِي عِتْقِ سَعْدٍ وَسَعِيدٍ ، وَبُطْلَانِ الْمُحَابَاةِ لَا يُبْطَلُ التَّزْوِيجُ وَلَا يُؤَثِّرُ فِيهِ . وَعَلَى الْاِخْتِمَالِ الَّذِي ذَكَرْتُهُ ، يَكُونُ الْعِتْقُ سَابِقًا ، لِأَنَّ الْمُحَابَاةَ إِمَّا ثَبَتَتْ بِتَمَامِ التَّزْوِيجِ ، وَالْعِتْقُ قَبْلَ تَمَامِهِ ، فَيَكُونُ سَابِقًا عَلَى الْمُحَابَاةِ ، فَيَتَقَدَّمُ هَذَا الْمَعْنَى ، سَيِّمًا إِذَا تَأَكَّدَ بِقُوَّتِهِ وَكَوْنِهِ لَغِيرِ وَارِثٍ .

(٢٣) في م : « جعله » .

فصل : إذا أعتق المريض شقصاً من عبد ، ثم أعتق شقصاً من آخر ، ولم يخرج من الثلث إلا العبد الأول ، عتق وحده ؛ لأنه يعتق حين يلفظ^(٢٤) بإعتاق شقصه . وإن خرج الأول وبعض الثاني ، عتق ذلك . وإن أعتق الشقصين دفعة واحدة ، فلم يخرج من الثلث إلا الشقصان ، عتقا ورق باقي العبدين . وإن لم يخرج إلا أحدهما أقرع بينهما . وإن^(٢٥) عتق الشقصان وباقي أحد العبدين ففيه وجهان : أحدهما ، يكمل العتق من أحدهما بالقرعة بينهما ، كما لو أعتق العبدين فلم يخرج من الثلث إلا أحدهما . والثاني ، يقسم ما بقي من الثلث بينهما بغير قرعة ، لأنه أوقع عتقا مشقصاً فلم يكمله ، بخلاف ما إذا أعتق العبدين ، ولهذا إذا لم يخرج من الثلث إلا الشقصان أعتقتهما ، ولم يقرع بينهما ، ولم يكمله من/أحدهما . ولو أوصى بإعتاق النصيبين ، وأن يكمل^(٢٦) عتقهما من ثلثه ، ولم يخرج من الثلث إلا النصيبان وقيمة باقي أحدهما ، أقرعنا بينهما ، فمن خرجت قرعته كمل العتق فيه ، لأن الموصى أوصى بتكميل العتق ، فجرى مجرى إعتاقهما ، بخلاف التي قبلها .

فصل : وإذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض ، كالهبة والميراث ، عتق ، وورث المريض إذا مات . وبهذا قال مالك ، وأكثر أصحاب الشافعي . وقال بعضهم : يعتق ، ولا يرث ؛ لأن عتقه وصية ، فلا يجتمع^(٢٧) مع الميراث . وهذا لا يصح ؛ لأنه لو كان وصية لاعتبر من الثلث ، كما لو اشتراه . وجعل أهل العراق عتق الموهوب^(٢٨) وصية ، يعتبر خروجه من الثلث ، فإن خرج من الثلث عتق وورث ، وإن لم يخرج من الثلث سعى^(٢٩) في قيمة باقيه ، ولم يرث في قول أبي حنيفة ، وقال

(٢٤) في الأصل ، ا : « يلفظه » .

(٢٥) في الأصل ، م زيادة : « خرج » .

(٢٦) في ا ، م : « يكمله » .

(٢٧) في ا : « يجمع » .

(٢٨) في ا ، م : « الموهون » .

(٢٩) في م : « يسعى » .

أبو يوسف ، ومحمد : يُحْتَسَبُ بِقِيمَتِهِ مِنْ مِيرَاثِهِ ، فَإِنْ فَضَلَ مِنْ قِيمَتِهِ شَيْءٌ سَعَى فِيهِ .
ولنا ، أَنَّ الْوَصِيَّةَ هِيَ التَّبَرُّعُ بِمَالِهِ بِعِطِيَّةٍ أَوْ إِثْلَافٍ ، أَوْ التَّسَبُّبُ إِلَى ذَلِكَ ، وَلَمْ يُوجَدْ
وَاحِدٌ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ لَيْسَ مِنْ فِعْلِهِ ، وَلَا يَقِفُ عَلَى اخْتِيَارِهِ ، وَقَبُولُ الْهَبَةِ لَيْسَ
بِعِطِيَّةٍ ، وَلَا إِثْلَافٍ لِمَالِهِ ، وَإِنَّمَا هُوَ تَحْصِيلُ شَيْءٍ يَتَلَفُ بِتَحْصِيلِهِ ، فَأَشْبَهَ قَبُولَهُ لَشَيْءٍ
لَا يُمْكِنُهُ حِفْظُهُ ، أَوْ لَمَّا يَتَلَفُ بِبَقَائِهِ ، فِي وَقْتٍ لَا يُمْكِنُهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ، وَفَارَقَ الشُّرَاءَ ؛
فَأَنَّهُ تَضْيِيعٌ لِمَالِهِ فِي ثَمَنِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ قِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ
فِي مَوَاضِعَ : إِذَا وَقَفَ فِي مَرَضِهِ عَلَى وَرَثَتِهِ صَحَّ ، لَمْ يَكُنْ وَصِيَّةً ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ لَيْسَ بِمَالٍ ؛
لَأَنَّهُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُورَثُ . قَالَ الْخَبَرِيُّ : هَذَا قَوْلُ أَحْمَدَ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ وَأَهْلِ الْبَصْرَةِ ،
وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ عَنْ أَحْمَدَ خِلَافًا . فَأَمَّا إِنْ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ حَمَلَهُ
الثُّلُثُ عَتَقَ وَوَرِثَهُ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ وَأَبِي حَنِيفَةَ . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ عَتَقَ مِنْهُ
بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، وَيَرِثُ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ ، وَبَاقِيهِ عَلَى الرِّقِّ ، فَإِنْ كَانَ الْوَارِثُ مِمَّنْ
يَعْتِقُ عَلَيْهِ إِذَا مَلَكَه ، عَتَقَ / عَلَيْهِ إِذَا وَرِثَهُ . وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدُ : لَا وَصِيَّةَ
لِوَارِثٍ ، وَيُحْتَسَبُ بِقِيمَتِهِ مِنْ مِيرَاثِهِ ، فَإِنْ فَضَلَ مِنْ قِيمَتِهِ شَيْءٌ سَعَى فِيهِ . وَقَالَ بَعْضُ
أَصْحَابِ مَالِكٍ : يَعْتِقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَيَرِثُ كَالْمَوْهُوبِ وَالْمُورُوثِ . وَهُوَ قِيَاسُ
قَوْلِهِ ، لِكُنْهُ لَمْ يَجْعَلِ الْوَقْفَ وَصِيَّةً وَاجَازَةً لِلْوَارِثِ ، فَهَذَا أَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ
رَقَبَتَهُ ، فَيُجْعَلُ ذَلِكَ وَصِيَّةً لَهُ (٣٠) ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ الثَّمَنُ وَصِيَّةً لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِلْ
إِلَيْهِ ، وَلَا وَصِيَّةً لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ عَاوَضَ عَنْهُ ، وَإِنَّمَا هُوَ كِبَاءٌ مَسْجِدٍ وَقَنْطَرَةٍ ، فِي
أَنَّهُ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ لِمَنْ يَنْتَفِعُ بِهِ ، فَلَا يَمْنَعُهُ ذَلِكَ الْمِيرَاثُ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ
فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : إِذَا حَمَلَهُ الثُّلُثُ عَتَقَ وَوَرِثَ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَهُ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ
لَهُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَقِيلَ : يَعْتِقُ وَلَا يَرِثُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَرِثَ لَصَارَتْ وَصِيَّةً لِوَارِثٍ ،
فَتَبْطُلُ وَصِيَّتُهُ ، وَيَبْطُلُ عَتَقُهُ وَإِزْنُهُ ، فَيُفْضَى تَوْرِيثُهُ إِلَى إِبْطَالِ تَوْرِيثِهِ ، فَكَانَ إِبْطَالُ
تَوْرِيثِهِ أَوْلَى . وَقِيلَ عَلَى مَذْهَبِهِ : شِرَاؤُهُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ ثَمَنُهُ وَصِيَّةً ، وَالْوَصِيَّةُ تَقِفُ عَلَى

ظ ٣٣/٦

(٣٠) سقط من : م .

خُرُوجِهَا مِنَ الثُّلُثِ ، أَوْ إِجَازَةِ الْوَرْتَةِ ، وَالْبَيْعُ عِنْدَهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُوقُوفًا .
وَمِنْ مَسَائِلِ ذَلِكَ : مَرِيضٌ وَهَبَ لَهُ ابْنُهُ ، فَقَبِلَهُ ، وَقِيمَتُهُ مِائَةٌ ، وَخَلَفَ مَائَتِي ذِرْهَمٍ .
وَابْنُ آخَرَ ، فَإِنَّهُ يَعْتِقُ ، وَلَهُ مِائَةٌ وَلِأَخِيهِ مِائَةٌ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَبَى حَنِيفَةَ ،
وَالشَّافِعِيَّ . وَقِيلَ ، عَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ : لَا يَرِثُ ، وَالْمَائَتَانِ كُلُّهُمَا لِلأَبْنِ الْحُرِّ . وَقَالَ
أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَرِثُ نِصْفَ نَفْسِهِ ، وَنِصْفَ الْمَائَتَيْنِ ، وَيَحْتَسِبُ بِقِيمَةِ نِصْفِهِ ^(٣١)
الْبَاقِي ^(٣٢) مِنْ مِيرَاثِهِ . وَإِنْ كَانَ قِيمَتُهُ مَائَتَيْنِ ، وَبَقِيَّةُ التَّرِكَةِ مِائَةٌ ، عَتَقَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ،
وَالْمِائَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَخِيهِ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَعْتِقُ مِنْهُ نِصْفُهُ
، لِأَنَّهُ قَدَرُ ثُلُثِ التَّرِكَةِ ، وَيَسْعَى فِي قِيمَةِ بَاقِيهِ ، وَلَا يَرِثُ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَسْعَى عِنْدَهُ كَالْعَبْدِ
لَا يَرِثُ إِلَّا فِي أَرْبَعَةِ مَوَاضِعَ : الرَّجُلُ يَعْتِقُ أُمَّتَهُ عَلَى أَنْ تَتَزَوَّجَهُ . وَالْمَرْأَةُ تَعْتِقُ عَبْدَهَا
عَلَى أَنْ يَتَزَوَّجَهَا ، فَيَأْتِيَانِ ذَلِكَ . / وَالْعَبْدُ الْمُوْهُوبُ ^(٣٣) يَعْتِقُهُ سَيِّدُهُ . وَالْمُشْتَرَى
لِلْعَبْدِ يَعْتِقُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ وَهُمَا مُعْسِرَانِ . فَفِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ يَسْعَى كُلُّ وَاحِدٍ فِي قِيمَتِهِ ،
وَهُوَ حُرٌّ يَرِثُ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَرِثُ نِصْفَ التَّرِكَةِ ، وَذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ
رَقَبَتِهِ ، وَيَسْعَى فِي رُبْعِ قِيمَتِهِ لِأَخِيهِ . وَإِنْ وَهَبَ لَهُ ثَلَاثُ أَخَوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ ، لَا مَالَ
لَهُ سِوَاهُنَّ ، وَلَا وَارِثَ ، عَتَقْنَ ^(٣٤) مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ . وَإِنْ كَانَ
اشْتَرَاهُنَّ فَكَذَلِكَ ، فِيمَا ذَكَرَهُ الْخَيْرِيُّ عَنْ أَحْمَدَ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْمَاجِشُونِ ، وَأَهْلِ
الْبَصْرَةِ ، وَبَعْضِ أَصْحَابِ مَالِكٍ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي ، يَعْتِقُ ثُلُثَهُنَّ ، فِي أَحَدِ
الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَفِي الْآخَرِ يَعْتِقْنَ كُلُّهُنَّ ؛ لَكَوْنِ وَصِيَّةٍ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ
جَائِزَةٌ فِي جَمِيعِ مَالِهِ ، فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ . وَإِنْ تَرَكَ مَالًا يَخْرُجَنَّ مِنْ ثُلَاثِهِ عَتَقْنَ

(٣١) فِي م : « نِصْف » .

(٣٢) فِي أ : « الثَّانِي » .

(٣٣) فِي أ ، م : « الْمَرْهُون » .

(٣٤) فِي أ : « غَيْرَهُن » .

وَوَرَّثَنَ . وقال أبو حنيفة : إذا اشترَاهُنَّ أَوْ هَبَنَ لَهُ ، وَلَا مَالَ لَهُ سِوَاهُنَّ ، وَلَا وَارِثَ ، عَتَقَنَ ، وَتَسَعَى كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْأُخْتِ لِلْأَبِ وَالْأُخْتِ لِلْأُمِّ (٣٥) فِي نِصْفِ قِيمَتِهَا لِلأُخْتِ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمِّ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَرِنَا ؛ لِأَنَّهُمَا لَوْ وَرَّثْنَا لَكَانَ لِهَمَا خُمُسَا الرِّقَابِ ، وَذَلِكَ رَقَبَةٌ وَخُمُسٌ ، بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، فَكَانَ يَتَقَى عَلَيْهِمَا سِعَايَةٌ ، وَإِذَا بَقِيََتْ عَلَيْهِمَا سِعَايَةٌ لَمْ يَرِنَا ، وَكَانَتْ لِهَمَا الْوَصِيَّةُ ، وَهِيَ رَقَبَةٌ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ . وَأَمَّا الْأُخْتُ لِلْأَبَوَيْنِ ، فَإِذَا وَرِثَتْ ، عَتَقَتْ ؛ لِأَنَّهَا ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ الرِّقَابِ ، وَذَلِكَ أَكْثَرُ مِنْ قِيمَتِهَا ، فَوَرِثَتْ وَبَطَلَتْ وَصِيَّتَهَا . وقال أبو يوسف ، ومحمد : يَعْتَقَنَ (٣٦) ، وَتَسَعَى كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْأُخْتِ (٣٧) مِنَ الْأَبِ (٣٧) ، وَالْأُخْتِ مِنَ الْأُمِّ ، لِلأُخْتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، فِي خُمُسَى قِيمَتِهَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ تَرِثُ ثَلَاثَةَ أَخْمَاسِ رَقَبَةٍ . وعلى قول الشافعي يَعْتَقَنَ .

فصل : وإن اشترى المريض أباه باللف ، لا مال له سِوَاهُ ، ثُمَّ مَاتَ ، وَخَلَفَ ابْنًا ، فعلى القول الذي حكاه الخبري يَعْتَقُ كُلَّهُ عَلَى الْمَرِيضِ ، وَلَهُ وَلَاؤُهُ . وعلى قول القاضي يَعْتَقُ ثُلُثُهُ بِالْوَصِيَّةِ ، وَيَعْتَقُ بَاقِيَهُ / عَلَى الْإِبْنِ ؛ لِأَنَّهُ جَدُّهُ ، وَيَكُونُ ثُلُثُ وَلَائِهِ لِلْمُشْتَرِي ، وَثُلُثَاهُ لِإِبْنِهِ . وهذا قول مالك . وقيل : هو مذهب للشافعي . وقال أبو حنيفة : يَعْتَقُ ثُلُثُهُ بِالْوَصِيَّةِ ، وَيَسَعَى لِلْإِبْنِ فِي قِيمَةِ ثُلُثِيهِ . وقال أبو يوسف ، ومحمد : يَعْتَقُ سُدُسُهُ ؛ لِأَنَّهُ وَرِثَهُ ، وَيَسَعَى فِي خُمُسَةِ أُسْدَاسِ قِيمَتِهِ لِلْإِبْنِ ، وَلَا وَصِيَّةَ لَهُ . وقيل على قول الشافعي : يُفْسَخُ الْبَيْعُ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْإِبْنُ عِتْقَهُ . وقيل : يُفْسَخُ فِي ثُلُثِيهِ ، وَيَعْتَقُ فِي (٣٨) ثُلُثِهِ ، وَلِلْبَائِعِ الْخِيَارُ ؛ لِتَفْرِقِ (٣٩) الصَّفَقَةَ عَلَيْهِ . وقيل :

ظ ٣٤/٦

(٣٥) في الأصل : « من الأم » .

(٣٦) في الأصل ، م : « تبعض » .

(٣٧ - ٣٧) في م : « للأب » .

(٣٨) سقط من : الأصل .

(٣٩) في أ : « لتفريق » .

لا خِيَارَ له ؛ لَأَنَّهُ مُتَلَفٌ ، فَإِنْ تَرَكَ الْفَتَى سِوَاهُ ، عَتَقَ كُلَّهُ ، وَوَرِثَ سُدُسَ الْأَلْفَيْنِ ،
وَالْبَاقِي لِلْأَبْنِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقِيلَ نَحْوُهُ عَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ . وَقِيلَ
عَلَى قَوْلِهِ : يَعْتِقُ وَلَا يَرِثُ . وَقِيلَ : شِرَاؤُهُ مَفْسُوحٌ . وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَرِثُ
الْأَبُ سُدُسَ التَّرِكَةِ ، وَهُوَ خَمْسُمِائَةٍ ، يَحْتَسِبُ بِهَا مِنْ رَقَبَتِهِ ، وَيَسْعَى فِي نَصْفِ
قِيمَتِهِ ، وَلَا وَصِيَّةَ لَهُ . وَإِنْ اشْتَرَى ابْنُهُ بِالْأَلْفِ ، لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، وَمَاتَ ، وَخَلَفَ أَبَاهُ ،
عَتَقَ كُلَّهُ بِالشَّرَاءِ ، فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ . وَفِي الثَّانِي ، يَعْتِقُ ثُلُثَهُ بِالْوَصِيَّةِ ، وَثُلَاثَاهُ عَلَى جَدِّهِ
عِنْدَ الْمَوْتِ ، وَلَا وَصِيَّةَ بَيْنَهُمَا أَثْلًا . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ . وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ
فِي مَسْأَلَةِ الْأَبِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَعْتِقُ ثُلُثَهُ بِالْوَصِيَّةِ ، وَيَسْعَى فِي قِيمَةِ ثُلُثِهِ لِلْأَبِ ،
وَلَا يَرِثُ . وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَرِثُ خَمْسَةَ أَسْدَاسِهِ ، وَيَسْعَى فِي قِيمَةِ
سُدُسِهِ . وَإِنْ تَرَكَ الْفَتَى سِوَاهُ ، عَتَقَ كُلَّهُ ، وَوَرِثَ خَمْسَةَ أَسْدَاسِ الْأَلْفَيْنِ ، وَلِلْأَبِ
السُّدُسُ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ ، وَمُحَمَّدٌ : لِلْأَبِ سُدُسُ
التَّرِكَةِ خَمْسُمِائَةٍ ، وَبَاقِيهَا لِلْأَبْنِ يَعْتِقُ مِنْهَا ، وَيَأْخُذُ الْفَاوْخَ خَمْسُمِائَةٍ . وَإِنْ خَلَفَ مَالًا
يَخْرُجُ الْمَبِيعُ مِنْ ثُلُثِهِ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَعْتِقُ كُلَّهُ ، وَيَرِثُ مِنْهُ . كَأَنَّهُ حُرٌّ الْأَصْلُ .
وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي . يَعْتِقُ مِنْهُ بِقَدْرِ ثُلُثِ التَّرِكَةِ / ، وَيَرِثُ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ ، فَإِنْ
لَمْ يَخْلُفَ الْمُشْتَرَى أَبَا حُرٍّ ، وَلَكِنْ خَلَفَ أَخًا حُرًّا ، وَلَمْ يَتْرِكْ مَالًا ، عَتَقَ مِنْ رَأْسِ
الْمَالِ ، عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، وَيَعْتِقُ ثُلُثَهُ عَلَى الثَّانِي ، وَيَرِثُ الْأَخُ ثُلُثَيْهِ ، ثُمَّ يَعْتِقُ عَلَيْهِ .
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَعْتِقُ ثُلُثَهُ ، وَيَسْعَى لِعَمِّهِ فِي قِيمَةِ ثُلُثَيْهِ . وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ ، وَمُحَمَّدٌ :
يَعْتِقُ كُلَّهُ ، وَلَا سِعَايَةَ . وَإِنْ خَلَفَ الْفَتَى سِوَاهُ عَتَقَ ، وَوَرِثَ الْأَلْفَيْنِ ، وَلَا شَيْءَ
لِلْأَخِ ، فِي الْأَقْوَالِ كُلِّهَا . إِلَّا مَا قِيلَ عَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ ، إِنَّهُ يَعْتِقُ وَلَا يَرِثُ . وَقِيلَ :
شِرَاؤُهُ بَاطِلٌ ، فَإِنْ اشْتَرَى ابْنُهُ ^(٤٠) بِالْأَلْفِ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، وَقِيمَتُهُ ثُلَاثَا أَلْفٍ ، وَخَلَفَ
ابْنًا آخَرَ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَعْتِقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَيَسْتَقِرُّ مِلْكُ الْبَائِعِ عَلَى قَدْرِ قِيمَتِهِ
مِنَ الثَّمَنِ ، وَلَهُ ثُلُثُ الْبَاقِي ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرَى حَابَاهُ بِهِ وَلَمْ يَتَّقِ مِنَ التَّرِكَةِ سِوَاهُ ،
فَيَكُونُ لَهُ ثُلُثُهُ ، وَهُوَ ثَمَنُ أَلْفٍ ، وَيُرَدُّ التُّسْعَيْنِ ، فَتَكُونُ بَيْنَ الْابْنَيْنِ . وَعَلَى الْوَجْهِ

(٤٠) فِي ١ ، م : : ابْنِيَّة .

الثاني ، يَعْتَقُ ثُلُثَهُ ، وَيَرِثُ أَخُوهُ ثُلُثَيْهِ^(٤١) ، فَيَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَلِلْبَائِعِ ثُلُثُ الْمُحَابَاةِ ، وَيُرَدُّ ثُلُثُهَا ، فَيَكُونُ مِيرَاثًا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الثُّلُثُ لِلْبَائِعِ ، وَيَسْعَى الْمُشْتَرِي فِي قِيمَتِهِ لِأَخِيهِ . وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَسْعَى فِي نَصْفِ رَقَبَتِهِ ، وَيَرِثُ نَصْفَهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : الْمُحَابَاةُ مُقَدَّمَةٌ لَتَقْدِيمِهَا^(٤٢) ، وَيَرِثُ الْإِبْنُ الْحُرُّ أَخَاهُ فِيمِلْكُهُ . وَقِيلَ : يُفْسَخُ الْبَيْعُ فِي ثُلُثَيْهِ ، وَيَعْتَقُ ثُلُثُهُ ، وَلَا تُقَدَّمُ الْمُحَابَاةُ ؛ لِأَنَّ فِي تَقْدِيمِهَا تَقْرِيرَ مِلْكِ الْأَبِ عَلَى وَلَدِهِ . وَقِيلَ : يُفْسَخُ الْبَيْعُ فِي جَمِيعِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ ثُلُثَ الْأَلْفِ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ يَعْتَقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَتُنْفَذُ الْمُحَابَاةُ فِي ثُلُثِ الْبَاقِي ، وَهُوَ تُسْعَا أَلْفٌ ، وَيُرَدُّ الْبَائِعُ أَرْبَعَةَ أَتْسَاعِ أَلْفٍ ، فَتَكُونُ بَيْنَ الْإِبْنَيْنِ ، وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَقْدِيمُ الْعِتْقِ عَلَى الْمُحَابَاةِ ، فَيَعْتَقُ جَمِيعَهُ ، وَيُرَدُّ الْبَائِعُ ثُلُثِي الْأَلْفِ ، فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا . وَالثَّانِي ، أَنْ يَعْتَقُ ثُلُثَهُ ، وَيَكُونُ لِلْبَائِعِ تُسْعَا أَلْفٍ ، وَيُرَدُّ أَرْبَعَةُ أَتْسَاعِهَا ، / كَمَا قُلْنَا فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لِلْبَائِعِ بِالْمُحَابَاةِ الثُّلُثُ ، وَيُرَدُّ الثُّلُثُ ، وَيَسْعَى الْإِبْنُ فِي قِيمَتِهِ لِأَخِيهِ . وَفِي قَوْلِ أَبِي يَوْسَفَ ، وَمُحَمَّدٍ : يُرَدُّ الْبَائِعُ ثُلُثَ الْأَلْفِ ، فَيَكُونُ لِلْإِبْنِ الْحُرِّ ، وَيَعْتَقُ الْآخَرُ بِنَصْبِيهِ مِنَ الْمِيرَاثِ . وَقِيلَ عَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ : يُرَدُّ الْبَائِعُ ثُلُثَ الْأَلْفِ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ مَعَ الْإِبْنِ الْمُشْتَرِي لِلْحُرِّ . وَقِيلَ غَيْرُ ذَلِكَ . وَإِنْ اشْتَرَاهُ بِالْأَلْفِ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، وَقِيمَتُهُ ثَلَاثَةُ آلَافٍ ، فَمَنْ أَعْتَقَهُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ جَعَلَهُ حُرًّا ، وَمَنْ جَعَلَ ذَلِكَ وَصِيَّةً لَهُ ، أَعْتَقَ ثُلُثَهُ بِالشَّرَاءِ ، وَيَعْتَقُ بَاقِيَهُ عَلَى أَخِيهِ ، إِلَّا فِي قَوْلِ^(٤٣) الشَّافِعِيِّ وَمَنْ وَافَقَهُ ، فَإِنَّ الْحُرَّ يَمْلِكُ بَقِيَّةَ أَخِيهِ^(٤٤) ، فَيَمْلِكُ مِنْ رَقَبَتِهِ قَدْرَ ثُلُثِي الثَّمَنِ ، وَذَلِكَ تُسْعَا رَقَبَةٍ ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ ثَمَنَهُ مِنَ الثُّلُثِ دُونَ قِيمَتِهِ . وَقِيلَ : يُفْسَخُ الْبَيْعُ فِي ثُلُثَيْهِ . وَقِيلَ : فِي جَمِيعِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَسْعَى لِأَخِيهِ فِي قِيمَةِ ثُلُثَيْهِ .

٣٥/٦ ط

(٤١) في ١ ، م : « ثلثه » .

(٤٢) في الأصل ، م : « لتقدمها » .

(٤٣) في م : « قولي » .

(٤٤) في م : « أخذه » .

وقال أبو يوسف ، ومحمد : يَسْعَى له في نَصْفِ قِيمَتِهِ . فَإِنْ تَرَكَ الْفَيْنِ سِوَاهُ عَتَقَ كُلَّهُ ؛
لأنَّ التَّرِكَهَ هِيَ الثَّمَنُ مع الألفَيْنِ ، وَالثَّمَنُ يُخْرَجُ مِنَ الثَّلَاثِ ، فَيَعْتَقُ وَيَرِثُ نَصْفَ
الألفَيْنِ . وهو قول الشافعي . وقيل : يَعْتَقُ ، وَلَا يَرِثُ . وعند أبي حنيفة وأصحابه :
التَّرِكَهَ قِيمَتُهُ مع الألفَيْنِ ، وَذَلِكَ خُمُسَةُ آلَافٍ . فعلى قول أبي حنيفة يَعْتَقُ مِنْهُ قَدْرُ ثُلْثِ
ذلك ، وهو أَلْفٌ وَثُلَاثَا أَلْفٍ ، وَيَسْعَى لِأَخِيهِ فِي أَلْفٍ ^(٤٥) وَثُلْثِ أَلْفٍ . وفي قول
صاحبه : يَعْتَقُ مِنْهُ نَصْفُ ذَلِكَ ، وهو خُمُسَةُ أَسَدَاسِهِ ، وَيَسْعَى لِأَخِيهِ فِي
خُمُسِمَائَةٍ ، وَالْأَلْفَانِ لِأَخِيهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا . ولو اشْتَرَى الْمَرِيضُ ابْنِي عَمٍّ لَهُ بِأَلْفٍ ،
لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ وَقِيمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَلْفٌ ، فَأَعْتَقَ أَحَدَهُمَا ، ثُمَّ وَهَبَهُ أَخَاهُ ، ثُمَّ مَاتَ
وَحَلَفَهُمَا وَخَلَفَ مَوْلَاهُ ، فَإِنَّ قِيَاسَ قَوْلِ الْقَاضِي ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، أَنْ يَعْتَقُ ثُلَاثَا الْمُعْتَقِ ،
إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْمَوْلَى عَتَقَ جَمِيعِهِ ، ثُمَّ يَرِثُ بِثُلَاثَيْ ثُلَاثَى بَقِيَّةِ التَّرِكَهَ ، فَيَعْتَقُ مِنْهُ ^(٤٦) ثَمَانِيَةً
أَتَسَاعِهِ ، وَيَبْقَى ثُسْعُهُ وَثُلْثُ أَخِيهِ لِلْمَوْلَى . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتَقَ كُلَّهُ ، وَيَرِثَ أَخَاهُ ،
فَيَعْتَقَانِ جَمِيعًا ، لِأَنَّهُ يَصِيرُ / بِالْإِعْتَاقِ وَارِثًا لِثُلَاثَى التَّرِكَهَ ، فَتَنْفُذُ إِجَازَتُهُ فِي إِعْتَاقِ بَاقِيهِ ،
فَتَكْمُلُ لَهُ الْحُرِّيَّةُ ، ثُمَّ يَكْمُلُ الْمِيرَاثُ لَهُ . وفي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي الْحَطَّابِ : يَعْتَقُ ثُلَاثَاهُ ،
وَلَا يَرِثُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَرِثَ لَكَانَ إِعْتَاقُ وَصِيَّةٍ لَهُ ، فَيَبْطُلُ إِعْتَاقُهُ ، ثُمَّ يَبْطُلُ إِرْثُهُ ، فَيُؤَدَّى
تَوْرِيثُهُ إِلَى إِبْطَالِ تَوْرِيثِهِ . وهذا قول الشافعي ^(٤٧) ، وَيَبْقَى ثُلَاثُهُ وَابْنُ الْعَمِّ الْآخَرُ
لِلْمَوْلَى . وقال أبو حنيفة : يَعْتَقُ ثُلَاثَا الْمُعْتَقِ ، وَيَسْعَى فِي قِيمَةِ ثُلَاثِهِ ، وَلَا يَرِثُ . وقال
أبو يوسف ، ومحمد : يَعْتَقُ كُلَّهُ ، وَيَعْتَقُ عَلَيْهِ أَخُوهُ بِالْهَبَةِ ، وَيَكُونَانِ أَحَقَّ بِالْمِيرَاثِ
مِنَ الْمَوْلَى ، فَإِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ مَالٌ سِوَاهُمَا ، أَخَذَ ذَلِكَ الْمَالُ بِالْمِيرَاثِ ، وَيَعْرُمُ
الْمُعْتَقُ ^(٤٨) لِأَخِيهِ الْمُؤَهَّبِ نَصْفَ ^(٤٩) قِيمَةِ نَفْسِهِ ^(٤٩) وَنَصْفِ قِيمَةِ أَخِيهِ ؛ لِأَنَّ عَتَقَ

(٤٥) في م : « الألف » .

(٤٦) في زيادة : « لقدر » .

(٤٧) في م : « للشافعي » .

(٤٨) في م : « بالمعتق » .

(٤٩ - ٤٩) في م : « قيمته » .

الأوّل وَصِيَّةً لَهُ^(٥٠) ، وَلَا وَصِيَّةً لَوَارِثٍ ، وَقَدْ صَارَ وَارِثًا مَعَ أَخِيهِ ، فَوَرِثَ نِصْفَ قِيَمَةِ رَقَبَتِهِ^(٥١) ، وَنِصْفَ قِيَمَةِ أَخِيهِ ، وَوَرِثَ أَخُوهُ الْبَاقِي ، وَكَانَ أَخُوهُ الْمَوْهُوبُ لَهُ هِبَةً مِنَ الْمَرِيضِ لَهُ^(٥٢) ، فَيَعْتَقُ^(٥٣) بِقَرَابَتِهِ مِنْهُ ، وَلَمْ يَعْتَقِ مِنَ الْمَرِيضِ ، فَلَمْ يَكُنْ عَتَقَهُ وَصِيَّةً ، بَلِ اسْتَهْلَكَهَا بِالْعَتَقِ الَّذِي جَرَى فِيهَا ، فَيَعْرُمُ الْأَوَّلَ نِصْفَ قِيَمَتِهِ وَنِصْفَ قِيَمَةِ أَخِيهِ لِأَخِيهِ . وَأَمَّا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، فَإِنْ كَانَ الْمَيِّتُ لَمْ يَدْعُ وَارِثًا غَيْرَهُمَا عَتَقًا ، وَغَرِمَ الْأَوَّلَ لِأَخِيهِ نِصْفَ قِيَمَةِ^(٥٤) أَخِيهِ ، وَلَمْ يَعْرُمْ لَهُ نِصْفَ قِيَمَةِ^(٥٥) نَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَدْعُ وَارِثًا ، جَازَتْ وَصِيَّتُهُ ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَرِثَانِ ، وَلَا يَعْتَقَانِ حَتَّى تَجُوزَ وَصِيَّةُ الْأَوَّلِ ، لِأَنَّهُ مَتَى بَقِيََتْ عَلَيْهِ سِعَايَةٌ ، لَمْ يَرِثْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا ، وَلَمْ يَعْتَقِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يُنْفَقَ لِلْمُعْتَقِ وَصِيَّةٌ لِيَصِيرَ حُرًّا فَيَعْتَقَ أَخُوهُ بَعْتَقَهُ ، وَقَدْ جَازَتْ لَهُ الْوَصِيَّةُ فِي جَمِيعِ رَقَبَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ إِذَا لَمْ يَدْعُ وَارِثًا ، جَازَتْ وَصِيَّتُهُ بِجَمِيعِ مَالِهِ ، وَيَرِثَانِ جَمِيعًا ، وَيَرْجِعُ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ بِنِصْفِ قِيَمَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَقُولُ : قَدْ صِرْتُ أَنَا وَأَنْتَ وَارِثَيْنِ ، فَلَا تُأْخُذُ مِنَ الْمِيرَاثِ شَيْئًا دُونِي ، وَقَدْ كَانَتْ رَقَبَتِي لَكَ وَصِيَّةً وَعَتَقْتُ مِنْ قِبَلِكَ ، فَاضْمَنْ لِي نِصْفَ رَقَبَتِي . فَإِنْ كَانَ / مُعْسِرًا وَهَنَاكَ مَالٌ غَيْرُهُمَا ، أَخَذَ الثَّانِي نِصْفَهُ ، ثُمَّ أَخَذَ مِنَ النِّصْفِ الثَّانِي نِصْفَ قِيَمَةِ نَفْسِهِ ، وَكَانَ مَا بَقِيَ مِيرَاثًا لِأَخِيهِ الْأَوَّلِ .

٣٦/٦ ظ

فصل : وَإِذَا كَانَ لِلْمَرِيضِ ثَلَاثَةُ آلَافٍ ، فَتَبَرَّعَ بِأَلْفٍ ، ثُمَّ اشْتَرَى أَبَاهُ مِمَّا بَقِيَ ، وَلَهُ ابْنٌ ، فَعَلَى قَوْلِ مَنْ قَالَ لَيْسَ الشَّرَاءُ وَصِيَّةً : يَعْتَقُ الْأَبُ وَيُنْفَقُ مِنَ التَّبَرُّعِ قَدْرُ ثُلُثِ الْمَالِ حَالَ الْمَوْتِ ، وَمَا بَقِيَ فَلِلْأَبِ سُدُسُهُ ، وَبَاقِيَهُ لِلْإِبْنِ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي وَمَنْ جَعَلَهُ وَصِيَّةً : لَا يَعْتَقُ الْأَبُ^(٥٥) ؛ لِأَنَّ تَبَرُّعَ الْمَرِيضِ إِنَّمَا يُنْفَقُ فِي الثُّلُثِ ، وَيُقَدَّمُ الْأَوَّلُ فَالْأَوَّلُ ، وَإِذَا قُدِّمَ التَّبَرُّعُ لَمْ يَبْقَ مِنَ الثُّلُثِ شَيْءٌ ، وَيَرِثُهُ الْإِبْنُ ، فَيَعْتَقُ عَلَيْهِ ،

(٥٠) سقط من : الأصل .

(٥١) في م : « نفسه » .

(٥٢) سقط من : م .

(٥٣) في م : « فعْتَق » .

(٥٤) في م : « قيمته » .

(٥٥) في م : « أب » .

ولا يَرِثُ ؛ لأنه إنما عَتَقَ بعدَ المَوْتِ . وإن وُهِبَ له أبوه ، عَتَقَ ، وَوَرِثَ ؛ لأنَّ الهِبَةَ ليست بَوَصِيَّةٍ ، وكذلك إن وَرِثَهُ . وإن اشْتَرَى أباهُ ، ثم أَعْتَقَهُ ، لم يَغْتَقِ على قول القاضى ؛ لأنه إذا لم يَغْتَقِ بالمِلْكِ ، وهو أقوى من الإِعتاقِ بالقَوْلِ ، بِدَلِيلِ نُفُوذِهِ فى (٥٦) حَقِّ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، فَأُولَى أَنْ لَا يَنْفُذَ بالقَوْلِ .

فصل : وإن مَلَكَ المَرِيضُ مَنْ يَرِثُهُ مِمَّنْ لَا يَغْتَقِ عَلَيْهِ ، كَابْنِ عَمِّهِ ، فَأَعْتَقَهُ فى مَرَضِهِ ، كان إِعتاقُهُ وَصِيَّةً مُعْتَبَرَةً مِنَ الثُّلْثِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَفْرَعَ بَيْنَ الْعَبِيدِ الَّذِينَ أَعْتَقَهُمْ مَا لِكُهُمْ عِنْدَ مَوْتِهِ ، ولم يكن له مَالٌ سِوَاهُمْ (٥٧) ، فَأَعْتَبَرُ عَتَقُهُمْ مِنَ الثُّلْثِ . فعلى هذا يُعْتَبَرُ خُرُوجُ الْمُعْتَقِ مِنَ الثُّلْثِ ، فَإِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلْثِ عَتَقَ وَلَمْ يَرِثْ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، فى مَرِيضِ مَلَكَ ابْنَ عَمِّهِ فى مَرَضِهِ ، فَأَقْرَبَ أَنَّهُ كَانَ أَعْتَقَهُ فى صِحَّتِهِ ، عَتَقَ وَلَمْ يَرِثْ ؛ لأنه لو وَرِثَ لَكَانَ إِقْرَارُهُ لِوَارِثِ ، فَلَا يُقْبَلُ ، فَيُؤَدَّى تَوْرِيثُهُ إِلَى إِبْطَالِ عَتَقِهِ ، ثُمَّ يَبْطُلُ مِيرَاثُهُ ، فَكَانَ إِعتاقُهُ مِنْ غَيْرِ تَوْرِيثٍ أُولَى . وَمُقْتَضَى قَوْلِ الْقَاضِي ، أَنَّهُ يَغْتَقِ وَيَرِثُ ؛ لأنه خُرُجُ حُرٍّ مِنْ مَوْتٍ مَوْرُوثِهِ ، لَيْسَ بِقَاتِلٍ ، وَلَا مُخَالِفٍ لِدِينِهِ ، فَوَرِثَ (٥٨) ، كَمَا لو وَرِثَهُ . وإن لم يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ ، عَتَقَ / مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلْثِ . ٣٧/٦ و
ولا يَرِثُ ، على القولِ الأوَّلِ . وعلى قول القاضى ، يَنْبَغِي أَنْ يَرِثَ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ ، على ما ذَكَرَ (٥٩) فى الْمُعْتَقِ بَعْضُهُ .

فصل : وما لَزِمَ المَرِيضُ فى مَرَضِهِ مِنْ حَقٍّ لَا يُمَكِّنُهُ دَفْعُهُ وَإِسْقَاطُهُ ، كَأَرْشِ الْجِنَايَةِ ، وَجِنَايَةِ عَبْدِهِ ، وَمَا عَاوَضَ عَلَيْهِ بِثَمَنِ الْمِثْلِ ، وَمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ ، فَهُوَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَهَذَا عِنْدَ الشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَكَذَلِكَ التَّكَاحُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ جَائِزٌ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ؛ لأنه صَرَفٌ لِمَالِهِ فى حَاجَةِ نَفْسِهِ ، فَيُقَدَّمُ بِذَلِكَ

(٥٦) فى م : (١) قفى .

(٥٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٩٥ .

(٥٨) فى م : (١) ويرث .

(٥٩) فى م : (١) يذكر .

على واريته . وكذلك لو اشترى جاريةً يستمتع بها ، كثيرة الثمن ، بئمنٍ مثلها ، أو اشترى من الأطعمة التي لا يأكل مثلها مثلها^(٦١) جاز ، وصحَّ شراؤه له^(٦٢) ؛ لأنه صرف مال^(٦٣) في حاجته ، وإن كان عليه دين ، أو مات وعليه دين ، قدّم بذلك على واريته ؛ لقول الله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾^(٦٤) .

فصل : فأمّا إن قضى المريض بعض غرمائه ، وفَتَّ تركه بسائر الديون ، صحَّ قضاؤه ، ولم يكن لسائر الغرماء الاعتراض عليه . وإن لم يف بها ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، أن لسائر الغرماء الرجوع عليه ، ومشاركته فيما أخذه . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأن حقوقهم تعلقت بماله^(٦٥) بمرضه ، فمنعت تصرفه فيه بما ينقص ديونهم ، كتبرعه ، ولأنه لو وصى بقضاء بعض ديونه لم يجز ، فكذلك إذا قضاها . والثاني ، أنهم لا يملكون الاعتراض عليه ، ولا مشاركته . وهو قياس قول أحمد ، ومنصوص الشافعي ؛ لأنه أدى واجبا عليه ، فصحَّ ، كما لو اشترى شيئا فأدى ثمنه ، أو باع بعض ماله وسلمه ، ويفارق الوصية ، فإنه لو اشترى ثيابا مئمنة صحَّ ، ولو وصى بتكفينه في ثياب مئمنة لم يصحَّ ، يُحقق هذا أن إيفاء/ ثمن المبيع قضاء لبعض غرمائه ، وقد صحَّ عقيب البيع ، فكذلك إذا تراخى ، إذا لا أثر لتراخيه .

٣٧/٦ ظ

فصل : وإذا تبرع المريض ، أو أعتق ، ثم أقر بدين ، لم ينطّل تبرعه . نص عليه أحمد ، في من أعتق عبده في مرضه ، ثم أقر بدين . عتق العبد ، ولم يُرد إلى الرق . وهذا لأن الحق ثبت^(٦٦) بالتبرع في الظاهر ، فلم يقبل إقراره فيما ينطّل به حق غيره .

(٦٠) في م : « منها » .

(٦١) سقط من : م .

(٦٢) في م : « مثله » .

(٦٣) سورة النساء ١١ .

(٦٤) في م : « يثبت » .

فصل: ويُعتَبَرُ في المَرِيضِ الذي هذه أَحْكَامُهُ شَرْطَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَتَّصِلَ بِمَرَضِهِ الْمَوْتُ ، وَلَوْ صَحَّ مِنْ (٦٥) مَرَضِهِ الذي أُعْطِيَ فِيهِ ، ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ ذَلِكَ ، فَحُكْمُ عَطِيَّتِهِ حُكْمُ عَطِيَّةِ الصَّحِيحِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَرَضٍ الْمَوْتُ . الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ مَخُوفًا ، وَالْأَمْرَاضُ (٦٦) أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ ؛ غَيْرُ مَخُوفٍ ، مِثْلُ وَجَعِ الْعَيْنِ ، وَالضَّرْسِ ، وَالصُّدَاعِ الْيَسِيرِ ، وَحُمَّى سَاعَةٍ ، فَهَذَا حُكْمُ صَاحِبِهِ حُكْمُ الصَّحِيحِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُخَافُ مِنْهُ فِي الْعَادَةِ . الضَّرْبُ الثَّانِي ، الْأَمْرَاضُ الْمُتَمَتِّدَةُ ؛ كَالْجَدَامِ ، وَحُمَّى الرَّبْعِ (٦٧) ، وَالْقَالِجِ (٦٨) فِي أَنْتِهَائِهِ ، وَالسُّلِّ فِي أَيْتِدَائِهِ ، وَالْحُمَّى الْغَيْبِ (٦٩) ، فَهَذَا الضَّرْبُ إِنْ أَصْنَى صَاحِبُهَا عَلَى فِرَاشِهِ ، فَهِيَ مَخُوفَةٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ صَاحِبَ فِرَاشٍ ، بَلْ كَانَ يَذْهَبُ وَيَجِيءُ ، فَعَطَايَاهُ مِنْ جَبِيعِ الْمَالِ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا تَحْقِيقُ الْمَذْهَبِ فِيهِ . وَقَدْ رَوَى خَرَّبٌ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي وَصِيَّةِ الْمَجْدُومِ وَالْمَقْلُوجِ : مِنْ الثَّلَاثِ . وَهُوَ مَخْمُولٌ عَلَى أَنَّهُمَا صَارَا صَاحِبِي فِرَاشٍ . وَبِهِ يَقُولُ الْأَوْزَاعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ وَجْهًا (٧٠) فِي صَاحِبِ الْأَمْرَاضِ الْمُتَمَتِّدَةِ ، أَنَّ عَطِيَّتَهُ مِنْ صُلْبِ الْمَالِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُخَافُ تَعَجِيلُ (٧١) الْمَوْتِ فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ لَا يَبْرَأُ فَهُوَ كَالْهَرِمِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَرِيضٌ صَاحِبُ فِرَاشٍ يَخْشَى التَّلَفَ ، فَأَشَبَّهُ صَاحِبَ الْحُمَّى الدَّائِمَةِ ، وَأَمَّا الْهَرِمُ فَإِنْ صَارَ صَاحِبَ فِرَاشٍ ، فَهُوَ كَمَسَائِلَتِنَا . الضَّرْبُ الثَّلَاثُ ، مَنْ تَحَقَّقَ تَعَجِيلُ مَوْتِهِ ، فَيَنْظَرُ فِيهِ ؛ فَإِنْ كَانَ عَقْلُهُ قَدْ اخْتَلَّ ، مِثْلُ مَنْ ذُبِحَ ، أَوْ أُبَيِّنَتْ حَشَوَّتُهُ ، فَهَذَا لَا حُكْمَ لِكَلَامِهِ وَلَا لِعَطِيَّتِهِ ، لِأَنَّهُ لَا يَبْقَى لَهُ عَقْلٌ ثَابِتٌ ، وَإِنْ كَانَ ثَابِتَ الْعَقْلِ ، كَمَنْ نُحْرِقَتْ حَشَوَّتُهُ ،

و ٣٨/٦

(٦٥) فِي م : ٥ فِي ٤ .

(٦٦) فِي م زِيَادَةٌ : ٥ عَلَى ٤ .

(٦٧) حُمَّى الرَّبْعِ : هِيَ الَّتِي تَعْرِضُ لِلْمَرِيضِ يَوْمًا وَتَدَعُهُ يَوْمَيْنِ ثُمَّ تَعُودُ إِلَيْهِ فِي الْيَوْمِ الرَّابِعِ .

(٦٨) الْقَالِجُ : شَلَلٌ يَصِيبُ أَحَدَ شَقَى الْجِسْمِ طَوْلًا .

(٦٩) حُمَّى الْغَيْبِ : الَّتِي تَنْوِبُ يَوْمًا بَعْدَ يَوْمٍ .

(٧٠) فِي ١ ، م : ٥ وَجْهَانِ .

(٧١) فِي الْأَصْلِ : ٥ تَعَجُلُ .

أَوْ اشْتَدَّ مَرَضُهُ وَلَمْ يَتَغَيَّرْ عَقْلُهُ ، صَحَّ تَصَرُّفُهُ وَتَبَرُّعُهُ ، وَكَانَ تَبَرُّعُهُ مِنَ الثَّلَاثِ ، فَإِنْ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، خَرَجَتْ حَشَوْنَتُهُ ، فَقِيلَتْ وَصِيَّتُهُ ، وَلَمْ يُخْتَلَفْ فِي ذَلِكَ . وَعَلَى ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، بَعْدَ ضَرْبِ ابْنِ مُلْجَمٍ لَهُ ^(٧٢) أَوْصَى وَأَمَرَ وَنَهَى ، فَلَمْ يُحْكَمْ بِطُلَانٍ قَوْلُهُ . الضَرْبُ الرَّابِعُ ، مَرَضٌ مَخُوفٌ ، لَا يُتَعَجَّلُ مَوْتُ صَاحِبِهِ يَقِينًا ، لَكِنَّهُ يَخَافُ ذَلِكَ ، كَالْبِرْسَامِ ، وَهُوَ بُخَارٌ يَرْقَى ^(٧٣) إِلَى الرَّأْسِ ، وَيُؤَثِّرُ فِي الدِّمَاغِ ، فَيَحْتَلُّ الْعَقْلَ ^(٧٤) ، وَالْحُمَّى الصَّالِبَ ^(٧٥) ، وَالرَّعَافَ الدَّائِمَ ؛ لِأَنَّهُ يُصَفِّي الدَّمَ ، فَيُذْهِبُ الْقُوَّةَ ، وَذَاتَ الْجَنْبِ ، وَهُوَ قَرَحٌ يِبَاطِنُ الْجَنْبِ ، وَوَجَعَ الْقَلْبَ وَالرِّقَّةَ ؛ فَإِنَّهَا لَا تَسْكُنُ حَرَكَتُهَا ، فَلَا يَنْدَمِلُ جُرْحُهَا ، وَالْقَوْلُ نَجَسٌ ، وَهُوَ أَنْ يَنْعَقِدَ الطَّعَامُ فِي بَعْضِ الْأَمْعَاءِ ، وَلَا يَنْزِلَ عَنْهُ ، فَهَذِهِ كُلُّهَا مَخُوفَةٌ ، سَوَاءٌ كَانَ مَعَهَا حُمَّى أَوْ لَمْ يَكُنْ ، وَهِيَ مَعَ الْحُمَّى أَشَدُّ خَوْفًا . فَإِنْ تَأَوَّرَ الدَّمَ ، وَاجْتَمَعَ فِي غُضْنٍ ، كَانَ مَخُوفًا ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْحَرَارَةِ الْمُفْرِطَةِ . وَإِنْ هَاجَتْ بِهِ الصَّفَرَاءُ ، فَهِيَ مَخُوفَةٌ ؛ لِأَنَّهَا تُورِثُ يَبُوسَةً ، وَكَذَلِكَ الْبَلْعَمُ إِذَا هَاجَ ؛ لِأَنَّهُ مِنَ شِدَّةِ الْبُرُودَةِ ، وَقَدْ تَغَلَّبَ عَلَى الْحَرَارَةِ الْغَرِيزِيَّةِ فَتَقَطَّعَتْهَا . وَالطَّاعُونُ مَخُوفٌ ؛ لِأَنَّهُ مِنَ شِدَّةِ الْحَرَارَةِ ، لِأَنَّهُ يَكُونُ فِي جَمِيعِ الْبَدَنِ . وَأَمَّا الْإِسْهَالُ ، فَإِنْ كَانَ مُنْخَرِقًا لَا يُمَكِّنُهُ مِنْعُهُ وَلَا إِمْسَاكُهُ ، فَهُوَ مَخُوفٌ ، وَإِنْ كَانَ سَاعَةً ؛ لِأَنَّ مَنْ لَحِقَهُ ذَلِكَ أُسْرِعَ فِي هَلَاكِهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُنْخَرِقًا ، لَكِنَّهُ يَكُونُ تَارَةً وَيَنْقَطِعُ أُخْرَى ، فَإِنْ كَانَ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ ، فَلَيْسَ بِمَخُوفٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قَدْ يَكُونُ مِنْ فَضْلَةِ الطَّعَامِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَ زَجِيرٍ وَتَقْطِيعٍ كَأَنَّ ^(٧٦) يَخْرُجُ مُتَقَطَّعًا ، فَإِنَّهُ يَكُونُ مَخُوفًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُضْعِفُ . وَإِنْ دَامَ الْإِسْهَالُ ، فَهُوَ مَخُوفٌ ، سَوَاءٌ كَانَ مَعَ زَجِيرٍ أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَمَا أَشْكَلُ أَمْرِهِ مِنَ الْأَمْرَاضِ ، رُجِعَ فِيهِ إِلَى قَوْلِ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ ، وَهُمْ الْأَطِبَّاءُ

(٧٢) سقط من : م .

(٧٣) في ١ : « يرتقى » .

(٧٤) في زيادة : « به » .

(٧٥) الحمى الصالب : الشديدة الحرارة .

(٧٦) في الأصل : « كأنه » .

لأنهم^(٧٧) أهل الخبرة بذلك / والتجربة والمعرفة ، ولا يُقبل إلا قول طيِّبين مُسلمين ٣٨/٦ ظ
يَقْتَنِ بِالْعَيْنِ ؛ لأنَّ ذلك يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الْوَارِثِ وَأَهْلُ الْعَطَايَا ، فلم يُقبل فيه إلا ذلك .
وَقِيَاسُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ يُقبلُ قَوْلُ الطَّبِيبِ الْعَدْلِ ، إِذَا لم يُقدَّرْ عَلَى طَيِّبَيْنِ ، كما
ذَكَرَ^(٧٨) فِي بَابِ الدَّعَاوَى . فَعِذَا الضَّرْبُ وَمَا أَشْبَهَهُ ، عَطَايَاهُ صَحِيحَةٌ ؛ لما ذَكَرْنَاهُ
مِنْ قِصَّةِ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَإِنَّهُ لما جُرِحَ سَفَاهُ الطَّبِيبُ لَبَنًا ، فَخَرَجَ مِنْ جُرْحِهِ ،
فَقَالَ لَهُ الطَّبِيبُ : اعْهَدْ إِلَى النَّاسِ . فَعِهْدَ إِلَيْهِمْ وَوَصَّى ، فَاتَّفَقَ الصَّحَابَةُ عَلَى قَبُولِ عَهْدِهِ
وَوَصِيَّتِهِ . وَأَبُو بَكْرٍ لما اشْتَدَّ مَرَضُهُ ، عِهْدَ إِلَى عَمَرَ ، فَنفَذَ عَهْدَهُ .

٩٧١ - مسألة ؛ قال : (وَكَذَلِكَ الْحَامِلُ إِذَا صَارَ لَهَا سِتَّةَ أَشْهُرٍ)

يَعْنِي عَطِيَّتُهَا مِنَ الثَّلَثِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ . وَقَالَ إِسْحَاقُ : إِذَا انْتَقَلَتْ لَا يَجُوزُ
لَهَا إِلَّا الثَّلَثُ . وَلَمْ يَحِدِّ . وَحَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ عَنْ أَحْمَدَ . وَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ،
وَعَطَاءٌ ، وَقَتَادَةُ : عَطِيَّةُ الْحَامِلِ مِنَ الثَّلَثِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : عَطِيَّةُ الْحَامِلِ مِنْ رَأْسِ
الْمَالِ ، مَا لم يَضُرَّ بِهَا الْمَخَاضُ ، فَإِذَا ضَرَبَهَا الْمَخَاضُ ، فَعَطِيَّتُهَا مِنَ الثَّلَثِ . وَبِهَذَا
قَالَ النَّخَعِيُّ ، وَمَكْحُولٌ ، وَيَحْيَى الْأَنْصَارِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْعَنْبَرِيُّ ،
وَابْنُ الْمُنْذِرِ . هُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهَا قَبْلَ ضَرْبِ الْمَخَاضِ لَا تَخَافُ
الْمَوْتَ^(١) ، وَلِأَنَّهَا إِنَّمَا تَخَافُ الْمَوْتَ إِذَا ضَرَبَهَا الطَّلَقُ ، فَأَشْبَهَتْ صَاحِبَ
الْأَمْرَاضِ الْمُتَمَتِّدَةِ قَبْلَ أَنْ يَصِيرَ صَاحِبَ فِرَاشٍ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَالزُّهْرِيُّ : عَطِيَّتُهَا
كَعَطِيَّةِ الصَّحِيحِ . وَهُوَ الْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ سَلَامَتُهَا . وَوَجْهُ قَوْلِ
الْخِرَقِيِّ أَنَّ سِتَّةَ الْأَشْهُرِ وَقْتُ يُمَكِّنُ الْوِلَادَةَ فِيهِ ، وَهِيَ مِنْ أَسْبَابِ التَّلَفِ .

(٧٧) سقط من : م .

(٧٨) في م : هـ ذكرناه .

(١) سقط من : الأصل .

والصحيح ، إن شاء الله ، أنها إذا ضرب بها الطلث ، كان مخوفاً ؛ لأنه ألم شديد يخاف منه التلث ، فأشبهت صاحب سائر الأمراض المخوفة . وأما قبل ذلك ، فلا ألم بها ، واحتمال وجوده بخلاف العادة ، فلا يثبت الحكم باحتماله البعيد / مع عدمه ، كالصحيح ، فأما بعد الولادة ، فإن بقيت المشيمة معها ، فهو مخوف ، وإن مات الولد معها ، فهو مخوف ؛ لأنه يصعب خروجه ، وإن وضعت الولد ، وخرجت المشيمة ، وحصل ثم ورم أو ضربان شديد ، فهو مخوف ، وإن لم يكن شيء من ذلك ، فقد روى عن أحمد في النفساء : إن كانت ترى الدم ، فعطيتها من الثلث . ويحتمل أنه أراد بذلك إذا كان معه ألم للزومه لذلك في الغالب . ويحتمل أن يحتمل على ظاهره ، فإنها إذا كانت ترى الدم ، كانت كالمرضى ، وحكمها بعد السقوط كحكمها بعد وضع الولد التام . وإن أسقطت مضغة أو علقة ، فلا حكم له ، إلا أن يكون ثم مرض أو ألم . وهذا كله مذهب الشافعي ، إلا أن مجرد الدم عنده ليس بمخوف .

و ٣٩/٦

فصل : ويحصل الخوف بغير ما ذكرناه ، في مواضع خمسة ، تقوم مقام المرض ؛ أحدها ، إذا التحم الحرب ، واختلطت الطائفتان للقتال ، وكانت كل طائفة مكافئة للآخرى أو مقهورة . فأما القاهرة منهما بعد ظهورها ، فليست خائفة . وكذلك إذا لم يختلطوا ، بل كانت كل واحدة منهما متميزة ، سواء كان بينهما رمي بالسهم أو لم يكن فليست حالة خوف . ولا فرق بين كون الطائفتين متفقتين في الدين أو مفترقتين . وبه قال مالك ، والأوزاعي ، والثوري . ونحوه عن مكحول . وعن الشافعي قولان ؛ أحدهما ، كقول الجماعة . والثاني ، ليس بمخوف ؛ لأنه ليس بمرضى . ولنا ، أن توقع التلث ههنا كتوقع المرض^(٢) أو أكثر ، فوجب أن يلحق به ، ولأن المرض إنما جعل مخوفاً لخوف صاحبه التلث ، وهذا كذلك . قال أحمد :

(٢) في الأصل ، ١ : المرض .

إِذَا حَضَرَ الْقِتَالُ ، كَانَ عِتْقُهُ مِنَ الثُّلُثِ . وعنه : إِذَا اتَّحَمَ الْحَرْبُ ، فَوَصِيَّتُهُ مِنَ الْمَالِ كُلِّهِ . فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجْعَلَ هَذَا رِوَايَةً ثَانِيَةً ، وَتُسَمَّى الْعَطِيَّةُ وَصِيَّةً تَجَوُّزًا ؛ / لِكَوْنِهَا فِي حُكْمِ الْوَصِيَّةِ ، وَلِكَوْنِهَا عِنْدَ الْمَوْتِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُحْمَلَ عَلَى حَقِيقَتِهِ فِي صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ مِنَ الْمَالِ كُلِّهِ . لَكِنْ يَقِفُ الرَّائِدُ عَلَى الثُّلُثِ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرِثَةِ ، فَإِنَّ حُكْمَ وَصِيَّةِ الصَّحِيحِ وَخَائِفِ التَّلْفِ وَاحِدٌ . الثَّانِيَةِ ، إِذَا قُدِّمَ لِيُقْتَلَ ، فَهِيَ حَالَةٌ خَوْفٍ ، سِوَا أَنْ يُرِيدَ قَتْلَهُ لِلْقِصَاصِ ، أَوْ لغيرِهِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ مَخُوفٌ . وَالثَّانِي ، إِنْ جُرِحَ فَهُوَ مَخُوفٌ ، وَإِلَّا فَلَا ؛ لِأَنَّهُ صَحِيحُ الْبَدَنِ ، وَالظَّاهِرُ الْعَفْوُ عَنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّ التَّهْدِيدَ بِالْقَتْلِ جُعِلَ إِكْرَاهًا يَمْنَعُ وَقُوعَ الطَّلَاقِ ، وَصِحَّةَ الْبَيْعِ ، وَيُبَيِّحُ كَثِيرًا مِنَ الْمُحَرَّمَاتِ ، وَلَوْلَا الْخَوْفُ لَمْ تُثَبِّتْ هَذِهِ الْأَحْكَامُ ، وَإِذَا حُكِمَ لِلْمَرِيضِ وَحَاضِرِ الْحَرْبِ بِالْخَوْفِ مَعَ ظُهُورِ السَّلَامَةِ ، وَبَعْدَ وُجُودِ التَّلْفِ ، فَمَعَ ظُهُورِ التَّلْفِ وَقُرْبِهِ أَوْلَى ، وَلَا عِبْرَةَ بِصِحَّةِ الْبَدَنِ فَإِنَّ الْمَرَضَ لَمْ يَكُنْ مُثْبِتًا لِهَذَا الْحُكْمِ لِعَيْنِهِ ، بَلْ لَخَوْفِ إِفْضَائِهِ إِلَى التَّلْفِ ، فَيُثَبِّتُ ^(٣) الْحُكْمُ هُنَا بِطَرِيقِ التَّنْبِيهِ ، لِظُهُورِ التَّلْفِ . الثَّالِثَةِ ، إِذَا رَكِبَ الْبَحْرَ ، فَإِنْ كَانَ سَاكِئًا فَلَيْسَ بِمَخُوفٍ ، وَإِنْ تَمَوَّجَ وَاضْطَرَبَ وَهَبَّتِ الرِّيحُ الْعَاصِيفُ ، فَهُوَ مَخُوفٌ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى وَصَفَهُمْ بِشِدَّةِ الْخَوْفِ ، بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ هُوَ الَّذِي يُسَيِّرُكُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ حَتَّى إِذَا كُنْتُمْ فِي الْفُلِكِ وَجَرْنِ مِمَّنْ بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ وَفَرِحُوا بِهَا جَاءَتْهَا رِيحٌ عَاصِيفٌ وَجَاءَهُمُ الْمَوْتُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ وَظَنُّوا أَنَّهُمْ أُحِيطَ بِهِمْ دَعَوُا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الَّذِينَ لَئِنْ أَنْجَيْتَنَا مِنْ هَذِهِ لَنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ ﴾ ^(٤) .

الرَّابِعَةِ ، الْأَسِيرُ وَالْمَخْبُوسُ ، إِذَا كَانَ مِنْ عَادَتِهِ الْقَتْلُ ، فَهُوَ خَائِفٌ ، عَطِيَّتُهُ مِنَ الثُّلُثِ ، وَإِلَّا فَلَا . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَأَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْحَسَنُ لَمَّا حَبَسَ الْحَجَّاجُ إِبْرَاهِيمَ بْنَ مُعَاوِيَةَ : لَيْسَ لَهُ مِنْ مَالِهِ إِلَّا

(٣) فِي ١ ، م : ه : ثَبِتَ .

(٤) سُورَةُ يُونُسَ ٢٢ .

الثُّلُثُ . وقال أبو بكرٍ : عَطِيَّةُ الْأَسِيرِ مِنَ الثُّلُثِ . ولم يُفَرَّقْ . وبه قال الزُّهْرِيُّ ،
والتَّوْرِيُّ ، وإسحاقُ . وَحَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ عَنْ أَحْمَدَ . وَثَأَوَّلَ الْقَاضِي مَارُوي عَنْ أَحْمَدَ
فِي هَذَا عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ التَّفْصِيلِ ابْتِدَاءً . وقال الشَّعْبِيُّ ، وَمَالِكٌ : الْغَازِي / عَطِيَّتُهُ
مِنَ الثُّلُثِ . وقال مَسْرُوقٌ : إِذَا وَضَعَ رَجُلُهُ فِي الْعَرَزِ . وقال الْأَوْزَاعِيُّ : الْمَخْصُورُ
فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَالْمَحْبُوسُ يَنْتَظِرُ الْقَتْلَ أَوْ تَفَقُّا عَيْنَاهُ^(٥) ، هُوَ فِي ثُلَاثِهِ . وَالصَّحِيحُ ، إِنْ
شَاءَ اللَّهُ ، مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ التَّفْصِيلِ ؛ لِأَنَّ مُجَرَّدَ الْحَبْسِ وَالْأَسْرِ مِنْ غَيْرِ خَوْفِ الْقَتْلِ لَيْسَ
بِمَرَضٍ^(٦) ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الْمَرَضِ فِي الْخَوْفِ ، فَلَمْ يَجْزِ لِحَاقِهِ بِهِ ، وَإِذَا كَانَ
الْمَرِيضُ الَّذِي لَا يَخَافُ التَّلَفَ عَطِيَّتُهُ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ ، فغَيْرُهُ أَوْلَى . الْخَامِسَةُ ، إِذَا وَقَعَ
الطَّاعُونَ بِلَدَةٍ ، فَعَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ مَخَوْفٌ^(٧) . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَخَوْفٍ ؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ
بِمَرَضٍ^(٨) ، وَإِنَّمَا يُخَافُ^(٨) الْمَرَضُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَيُعْتَبَرُ خُرُوجُ الْعَطِيَّةِ مِنَ الثُّلُثِ حَالَ الْمَوْتِ ، فَمَهْمَا خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ تَبَيَّنَا
أَنَّ الْعَطِيَّةَ صَحَّتْ فِيهِ حَالَ الْعَطِيَّةِ ، فَإِنْ نَمَّا الْمُعْطَى ، أَوْ كَسَبَ شَيْئًا ، فُسِمَ بَيْنَ الْوَرِثَةِ
وَبَيْنَ صَاحِبِهِ ، عَلَى قَدَرِ مَالِهِمَا فِيهِ ، فَرُبَّمَا أَفْضَى إِلَى الدَّوْرِ . فَمِنْ ذَلِكَ إِذَا أَعْتَقَ عَبْدًا
لَا مَالَ لَهُ سِوَاهُ ، فَكَسَبَ مِثْلَ قِيَمَتِهِ فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِ ، فَلِلْعَبْدِ مِنْ كَسْبِهِ بِقَدْرِ مَا عَتَقَ مِنْهُ ،
وَبَاقِيهِ لِسَيِّدِهِ ، فَيَزْدَادُ بِهِ مَالُ السَّيِّدِ ، وَتَزْدَادُ الْحُرِّيَّةُ لَذَلِكَ ، وَيَزْدَادُ حَقُّهُ مِنْ كَسْبِهِ ،
فَيَنْقُصُ بِهِ حَقُّ السَّيِّدِ مِنَ الْكَسْبِ ، وَيَنْقُصُ بِذَلِكَ قَدْرُ الْمُعْتَقِ مِنْهُ ، فَيُسْتَخْرَجُ ذَلِكَ
بِالْجَبْرِ ، فَيُقَالُ : عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ شَيْءٌ ، وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ كَسْبَهُ مِثْلُهُ ، وَلِلْوَرِثَةِ
مِنَ الْعَبْدِ وَكَسْبِهِ شَيْئَانِ ، لِأَنَّ لَهُمْ مِثْلَى مَا عَتَقَ مِنْهُ ، وَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَلَا يُحْسَبُ
عَلَى الْعَبْدِ مَا حَصَلَ لَهُ مِنْ كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّهُ بِجُزْئِهِ الْحُرِّ لَا مِنْ جِهَةِ سَيِّدِهِ ، فَصَارَ

(٥) فِي الْأَصْلِ : عَيْنُهُ .

(٦) فِي الْأَصْلِ ، ١ : بِمَرِيضٍ .

(٧) فِي م : بِخَوْفٍ .

(٨) فِي م : بِخَالِفٍ .

لِلْعَبْدِ شَيْئَانِ ، وَلِلْوَرَّةِ شَيْئَانِ مِنَ الْعَبْدِ وَكَسْبِهِ ، فَيُقَسَّمُ الْعَبْدُ وَكَسْبُهُ نِصْفَيْنِ ، يَعْتِقُ مِنْهُ نِصْفُهُ ، وَهُوَ نِصْفُ كَسْبِهِ ، وَلِلْوَرَّةِ نِصْفُهُمَا . وَإِنْ كَسَبَ مِثْلَى قِيَمَتِهِ ، فَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْئَانِ ، صَارَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ ، وَلَهُمْ شَيْئَانِ ، فَيُقَسَّمُ الْعَبْدُ وَكَسْبُهُ أَخْمَاسًا ، يَعْتِقُ مِنْهُ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهِ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ كَسْبِهِ ، / وَلِلْوَرَّةِ خُمْسَاهُ وَخُمْسَا كَسْبِهِ . وَإِنْ كَسَبَ ثَلَاثَةَ أَمْثَالِ قِيَمَتِهِ ، فَلَهُ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ مِنْ كَسْبِهِ مَعَ مَا عَتَقَ مِنْهُ ، وَلَهُمْ شَيْئَانِ ، فَيَعْتِقُ مِنْهُ ثُلُثَاهُ ، وَهُوَ ثُلُثَا كَسْبِهِ ، وَلَهُمُ الثُّلُثُ مِنْهَا . وَإِنْ كَسَبَ نِصْفَ قِيَمَتِهِ ، عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَهُوَ نِصْفُ شَيْءٍ ، وَلَهُمْ شَيْئَانِ ، فَالْجَمِيعُ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ وَنِصْفُ ، إِذَا بَسَطْتُهَا أَنْصَافًا صَارَتْ سَبْعَةً ، لَهُ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ ، فَيَعْتِقُ ثَلَاثَةَ أَشْيَاءَ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ كَسْبِهِ ، وَالْبَاقِي لَهُمْ . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ مِائَةً ، فَكَسَبَ تِسْعَةً ، فَاجْعَلْ لَهُ مِنْ كُلِّ دِينَارٍ شَيْئًا ، فَقُلْ : عَتَقَ مِنْهُ مِائَةُ شَيْءٍ ، وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ تِسْعَةُ أَشْيَاءَ ، وَلَهُمْ مِائَتَا شَيْءٍ . فَيَعْتِقُ مِنْهُ مِائَةً^(٩) جُزْءٍ وَتِسْعَةُ أَجْزَاءٍ مِنْ ثَلَاثِمِائَةٍ وَتِسْعَةٍ ، وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ مِثْلُ ذَلِكَ ، وَلَهُمْ مِائَتَانِ جُزْءٍ مِنْ نَفْسِهِ وَمِائَتَانِ مِنْ كَسْبِهِ . وَإِنْ كَانَ عَلَى السَّيِّدِ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُ قِيَمَتَهُ وَقِيَمَةَ كَسْبِهِ ، صُرِفَ فِي الدَّيْنِ ، وَلَمْ يَعْتِقْ مِنْهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ عَلَى التَّبَرُّعِ . وَإِنْ لَمْ يَسْتَعْرِقْ قِيَمَتَهُ وَقِيَمَةَ كَسْبِهِ ، صُرِفَ مِنَ الْعَبْدِ وَكَسْبِهِ مَا يَقْضِي^(١٠) بِهِ الدَّيْنَ ، وَمَا بَقِيَ مِنْهُمَا يُقَسَّمُ عَلَى مَا يُعْمَلُ فِي الْعَبْدِ الْكَامِلِ وَكَسْبِهِ . فَلَوْ كَانَ عَلَى السَّيِّدِ دَيْنٌ كَقِيَمَتِهِ^(١١) ، صُرِفَ فِيهِ نِصْفُ الْعَبْدِ ، وَنِصْفُ كَسْبِهِ ، وَقُسِمَ^(١٢) الْبَاقِي بَيْنَ الْوَرَّةِ وَالْعَتَقِ نِصْفَيْنِ . وَكَذَلِكَ بَقِيَّةُ الْكَسْبِ ، وَإِنْ كَسَبَ الْعَبْدُ مِثْلَ قِيَمَتِهِ ، وَلِلْسَّيِّدِ مَالٌ مِثْلُ قِيَمَتِهِ ، قَسَمَتِ الْعَبْدَ وَمِثْلَى قِيَمَتِهِ عَلَى الْأَشْيَاءِ الْأَرْبَعَةِ ، فَلِكُلِّ شَيْءٍ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ ، فَيَعْتِقُ مِنَ الْعَبْدِ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ ، وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ كَسْبِهِ . وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا قِيَمَتَهُ عِشْرُونَ ، ثُمَّ أَعْتَقَ عَبْدًا قِيَمَتَهُ عَشْرَةً ،

(٩) سقط من : م .

(١٠) في ١ ، م : « يقتضى » .

(١١) في ١ : « كقيمة العبد » .

(١٢) في ١ ، م زيادة : « النصف » .

فَكَسَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِثْلَ قِيَمَتِهِ ، لَكَمَلَتِ الْحُرِّيَّةُ فِي الْعَبْدِ الْأَوَّلِ ، فَيُعْتَقُ مِنْهُ شَيْءٌ .
 وله من كَسْبِهِ شَيْءٌ ، وَلِلْوَرَثَةِ شَيْئَانِ ، وَيُقَسَّمُ الْعَبْدَانِ وَكَسْبُهُمَا عَلَى الْأَشْيَاءِ الْأَرْبَعَةِ ،
 فَيَكُونُ لِكُلِّ شَيْءٍ خُمُسَةٌ عَشَرَ ، فَيُعْتَقُ مِنْهُ بِقَدْرِ ذَلِكَ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ ، وَلَهُ ثَلَاثَةُ
 أَرْبَاعِ كَسْبِهِ ، وَالباقى لهم . وَإِنْ بَدَأَ بِعَتَقِ الْأَدْنَى عَتَقَ كُلَّهُ ، وَأَخَذَ كَسْبَهُ ، وَيَسْتَحِقُّ
 الْوَرَثَةُ مِنَ الْعَبْدِ / الْآخَرِ وَكَسْبِهِ مِثْلَى الْعَبْدِ الَّذِي عَتَقَ ، وَهُوَ نِصْفُهُ وَنِصْفُ كَسْبِهِ ،
 وَيَبْقَى نِصْفُهُ وَنِصْفُ كَسْبِهِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، فَيُعْتَقُ رُبْعُهُ ، وَلَهُ رُبْعُ كَسْبِهِ ، وَيَرِيقُ ثَلَاثَةُ
 أَرْبَاعِهِ ، وَيَتَّبِعُهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ كَسْبِهِ ، وَذَلِكَ مِثْلًا^(١٣) مَا انْعَتَقَ^(١٤) مِنْهُمَا . وَإِنْ أَعْتَقَ
 الْعَبْدَيْنِ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، فَرَعْنَا بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ قُرْعَةُ الْحُرِّيَّةِ ، فَحُكْمُهُ كَمَا لَوْ بَدَأَ
 بِإِعْتَاقِهِ .

و ٤١/٦

فصل : وَإِنْ أَعْتَقَ ثَلَاثَةَ أَعْبِدَ ، قِيَمَتُهُمْ سَوَاءٌ ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ بِقَدْرِ قِيَمَةِ أَحَدِهِمْ ،
 وَكَسَبَ أَحَدُهُمْ مِثْلَ قِيَمَتِهِ ، أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمْ لِإِخْرَاجِ الدَّيْنِ ، فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى غَيْرِ
 الْمُكْتَسِبِ^(١٥) يَبِيعُ فِي الدَّيْنِ ، ثُمَّ أَقْرَعْنَا بَيْنَ الْمُكْتَسِبِ وَالْآخَرِ ، لِأَجْلِ الْحُرِّيَّةِ ، فَإِنْ
 وَقَعَتْ عَلَى غَيْرِ الْمُكْتَسِبِ^(١٥) عَتَقَ كُلَّهُ ، وَالْمُكْتَسِبُ وَمَالُهُ لِلْوَرَثَةِ ، وَإِنْ وَقَعَتْ قُرْعَةُ
 الْحُرِّيَّةِ عَلَى الْمُكْتَسِبِ ، عَتَقَ مِنْهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ ، وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ كَسْبِهِ ، وَبَاقِيهِ وَبَاقَى
 كَسْبِهِ وَالْعَبْدُ الْآخَرُ لِلْوَرَثَةِ ، كَمَا قُلْنَا فِيمَا إِذَا كَانَ لِلسَّيِّدِ مَالٌ بِقَدْرِ قِيَمَتِهِ . وَلَوْ وَقَعَتْ
 قُرْعَةُ الدَّيْنِ ابْتِدَاءً عَلَى الْمُكْتَسِبِ ، لَقَضَيْنَا الدَّيْنَ بِنِصْفِهِ وَنِصْفِ كَسْبِهِ ، ثُمَّ أَقْرَعْنَا بَيْنَ
 بَاقِيهِ وَبَيْنَ الْعَبْدَيْنِ الْآخَرَيْنِ فِي الْحُرِّيَّةِ ، فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى غَيْرِهِ عَتَقَ كُلَّهُ ، وَلِلْوَرَثَةِ مَا
 بَقِيَ ، وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْمُكْتَسِبِ ، عَتَقَ بَاقِيَهُ ، وَأَخَذَ بَاقَى كَسْبِهِ ، ثُمَّ نَقَرَعُ بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ
 لِإِثْمَامِ الثُّلُثِ ، فَمَنْ وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ ، عَتَقَ ثُلُثَهُ ، وَبَقِيَ ثُلَاثَاهُ ، وَالْعَبْدُ الْآخَرُ

(١٣) فِي م : : مِثْلُ .

(١٤) فِي م : : أَعْتَقَ .

(١٥ - ١٥) سَقَطَ مِنْ : م .

لِلوَرَثَةِ . وَلَوْ كَانَ الْعَبْدُ مُوْهُوبًا لِإِنْسَانٍ ، كَانَ لَهُ مِنَ الْعَبْدِ وَكَسْبِهِ مِثْلُ مَا لِلْعَبْدِ مِنْ كَسْبِهِ وَنَفْسِهِ ، فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ كُلِّهَا .

فصل : وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ مُتَسَاوِيَيْنِ ^(١٦) الْقِيَمَةَ ، بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ ، وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُمَا ، فَمَاتَ أَحَدُهُمَا ، أَقْرَعَ بَيْنَ الْحَيِّ وَالْمَيِّتِ ، فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْمَيِّتِ فَالْحَيُّ رَقِيقٌ ، وَتَبَيَّنَ أَنَّ الْمَيِّتَ نِصْفُهُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّ مَعَ الْوَرَثَةِ مِثْلَى نِصْفِهِ ، وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْحَيِّ عَتَقَ ثُلُثُهُ ، وَلَا يُحْسَبُ الْمَيِّتُ عَلَى الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِلْ إِلَيْهِمْ .

فصل : رَجُلٌ أَعْتَقَ عَبْدًا ، لَا مَالَ لَهُ سِوَاهُ ، قِيمَتُهُ عَشْرَةٌ ، فَمَاتَ / قَبْلَ سَيِّدِهِ ، وَخَلَّفَ عِشْرِينَ ، فَهِيَ لِسَيِّدِهِ بِالْوَلَاءِ ، وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ مَاتَ حُرًّا ، وَكَذَلِكَ إِنْ خَلَّفَ أَرْبَعِينَ وَبَنَاتًا . وَإِنْ خَلَّفَ عَشْرَةً ، عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْءٌ ، وَلِسَيِّدِهِ شَيْئَانِ ، وَقَدْ حَصَلَ فِي يَدِ سَيِّدِهِ عَشْرَةٌ تُعَدُّ شَيْئَيْنِ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ نِصْفَهُ حُرٌّ ، وَبَاقِيَهُ ^(١٧) رَقِيقٌ ، وَالْعَشْرَةُ يَسْتَحِقُّهَا السَّيِّدُ ، نِصْفُهَا بِحُكْمِ الرِّقِّ ، وَنِصْفُهَا بِالْوَلَاءِ . فَإِنْ خَلَّفَ الْعَبْدُ ابْنًا ، فَلَهُ مِنْ رَقَبَتِهِ شَيْءٌ ، وَمِنْ كَسْبِهِ شَيْءٌ ، يَكُونُ لِأَبِيهِ بِالْجِيرَاتِ ، وَلِسَيِّدِهِ شَيْئَانِ ، فَتُقَسَّمُ الْعَشْرَةُ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، لِلابْنِ ثُلُثُهَا ، وَلِلسَّيِّدِ ثُلُثَاهَا ، وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ ثُلُثَهُ . وَإِنْ خَلَّفَ بَنَاتًا ، فَلَهَا نِصْفُ شَيْءٍ ، وَلِلسَّيِّدِ شَيْئَانِ ، فَصَارَتِ الْعَشْرَةُ عَلَى خُمُسَةٍ ، لِلْبَنَاتِ خُمُسُهَا ، وَلِلسَّيِّدِ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهَا ، تُعَدُّ شَيْئَيْنِ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ خُمُسَيِ الْعَبْدِ مَاتَ حُرًّا . وَإِنْ خَلَّفَ الْعَبْدُ عِشْرِينَ وَابْنًا ، فَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْئَانِ ، يَكُونَانِ لِابْنِهِ ، وَلِسَيِّدِهِ شَيْئَانِ ، فَصَارَتِ الْعِشْرُونَ بَيْنَ السَّيِّدِ وَبَيْنَ ابْنِهِ نِصْفَيْنِ ، وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ عَتَقَ مِنْهُ نِصْفَهُ . فَإِنْ مَاتَ الْابْنُ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ ، وَكَانَ ابْنُ مَعْتَقِهِ ، وَرِثَهُ السَّيِّدُ ؛ لِأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّ أَبَاهُ مَاتَ حُرًّا ، لِكُونِ السَّيِّدِ مَلَكًا عِشْرِينَ ، وَهِيَ مِثْلُ قِيَمَتِهِ ، فَعَتَقَ ، وَجَرَّ وَلَاءَ ابْنِهِ إِلَى سَيِّدِهِ ، فَوَرِثَهُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ابْنُ مَعْتَقِهِ ، لَمْ يَنْجَرَّ وَلَاؤُهُ ، وَلَمْ يَرِثْهُ سَيِّدُ أَبِيهِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ لَوْ خَلَّفَ هَذَا الْابْنَ عِشْرِينَ ، وَلَمْ يُخَلَّفْ أَبُوهُ شَيْئًا ، أَوْ مَلَكَ السَّيِّدُ عِشْرِينَ مِنْ أَى جِهَةٍ

(١٦) فِي ١٥ مُتَسَاوَى .

(١٧) فِي م : ١٠ وَنِصْفُهُ .

كانت . وإن لم يَمْلِكْ عَشْرِينَ ، لم يَنْجَرْ وَلَا ابْنُ الْإِبْنِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ أَبَاهُ لم يَعْتَقْ ، وإن عَتَقَ بعضُهُ ، جَرُّ مِنْ وَلَا إِلَيْهِ بِقَدَرِهِ ، فَلَوْ خَلَفَ الْإِبْنُ عَشْرَةَ ، وَمَلَكَ السَّيِّدُ خَمْسَةَ ، فَإِنَّكَ تقول : عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ شَيْءٌ ، وَيَجُرُّ مِنْ وَلَا إِلَيْهِ مِثْلُ ذَلِكَ ، وَيَحْصُلُ ^(١٨) لَهُ مِنْ مِيرَاثِهِ شَيْءٌ مَعَ خَمْسَتِهِ ، وَهَذَا يَعْدَلَانِ شَيْئَيْنِ ، وَبَاقِي الْعَشْرَةِ لِمَوْلَى أُمِّهِ ، فَيُقَسَّمُ بَيْنَ السَّيِّدِ وَمَوْلَى الْأُمِّ نِصْفَيْنِ ، وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ قَدْ عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ نِصْفَهُ ، وَحَصَلَ لِلْسَّيِّدِ خُمْسُهُ مِنْ مِيرَاثِ أَيْنِهِ ، وَكَانَتْ لَهُ خَمْسَةُ ، وَذَلِكَ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ . فَإِنْ مَاتَ الْإِبْنُ فِي حَيَاةِ أَبِيهِ / قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ ، وَخَلَفَ مَالًا ، وَحَكَمْنَا بِعَتَقِ الْأَبِ أَوْ عَتَقِ بَعْضِهِ ، وَرِثَ مَالُ أَيْنِهِ ^(١٩) إِنْ كَانَ حُرًّا ، أَوْ يَقْدَرُ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ إِنْ كَانَ بَعْضُهُ حُرًّا ، وَلَمْ يَرِثْ سَيِّدُهُ مِنْهُ شَيْئًا . وَفِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ خِلَافٌ تَرَكْتُ ذِكْرَهُ كَرَاهَةَ التَّطْوِيلِ .

٤٢/٦ و

فصل : في المُحَابَاةِ فِي الْمَرَضِ ، وَهِيَ أَنْ يُعَاوِضَ بِمَالِهِ ، وَيَسْمَحَ لِمَنْ عَاوَضَهُ بِبَعْضِ عَوَاضِهِ ، وَهِيَ عَلَى أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، الْمُحَابَاةُ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ ، وَلَا يَمْنَعُ ذَلِكَ صِحَّةَ الْعَقْدِ ، فِي قَوْلِ الْجُمْهُورِ . وَقَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ : الْعَقْدُ بَاطِلٌ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ ^(٢٠) . وَلِأَنَّهُ تَصَرَّفَ صَدَرٌ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ ، فَصَحَّ ، كَغَيْرِ الْمَرِيضِ . فَلَوْ بَاعَ فِي مَرَضِهِ عَبْدًا لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، قِيمَتُهُ ثَلَاثُونَ بِعَشْرَةَ ، فَقَدْ حَابَى الْمُشْتَرِيَ بِثُلُثِي مَالِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ الْمُحَابَاةُ بِأَكْثَرٍ مِنَ الثُّلُثِ ، فَإِنْ أَجَازَ الْوَرِثَةُ ذَلِكَ لَزِمَ الْبَيْعُ ، وَإِنْ لَمْ يُجِزُوا فَاخْتَارَ الْمُشْتَرِيَ فَنَسَخَ الْبَيْعَ فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ تَبْعَضَتْ عَلَيْهِ ، وَإِنْ اخْتَارَ إِمْضَاءَ الْبَيْعِ ، فَالصَّحِيحُ عِنْدِي أَنَّهُ يَأْخُذُ بِنِصْفِ الْمَبِيعِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ ، وَيُفْسَخُ الْبَيْعُ فِي الْبَاقِي . وَهَذَا أَحَدُ الرَّجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي أَنَّهُ يَأْخُذُ ثُلُثَى الْمَبِيعِ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ . وَإِلَى هَذَا أَشَارَ الْقَاضِي فِي نَحْوِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ؛

(١٨) في ١ : « ويجعل » .

(١٩) في الأصل : « أبيه » .

(٢٠) سورة البقرة ٢٧٥ .

لأنه يستحقُّ الثلثَ بالمُحاباةِ ، والثلثَ الآخرَ بالثمنِ . وقال أهلُ العراقِ : يُقال له : إن شِئْتَ أُدِّيتْ عَشْرَةٌ أُخْرَى وَأُخْذَتْ الْمَبِيعُ ، وإن شِئْتَ فَسَخْتُ وَلَا شَيْءَ لَكَ . وعند مالكٍ : له أن يفسخَ ويأخذَ ثلثَ المبيعِ بالمُحاباةِ ، ويُسمِّيه أصحابُه خُلْعَ الثلثِ . ولنا ، أن فيما ذكرناه مُقابَلَةً بَعْضُ الْمَبِيعِ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ عِنْدَ تَعَدُّرٍ أَخَذَ جَمِيعَهُ بِجَمِيعِهِ ، فصَحَّ ذلك ، كما لو اشترى سِلْعَتَيْنِ بِثَمَنِ ، فأنفَسَخَ الْبَيْعَ فِي إِحْدَاهُمَا لِعَيْبٍ أَوْ غَيْرِهِ ، أَوْ كَمَا لو اشترى شِقْصًا وَسِنْفًا ، فَأَخَذَ الشَّفِيعُ الشَّقْصَ ، أَوْ كَالشَّقْصَاءِ يَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ جُزْءًا مِنَ الْمَبِيعِ بِقِسْطِهِ ، أَوْ كَمَا لو اشترى قَفِيزًا يُسَاوِي ثَلَاثِينَ ، بِقَفِيزٍ قِيمَتُهُ عَشْرَةٌ / . وأما الوجهُ الذي اختاره القاضي فلا يصحُّ ؛ لأنه أَوْجَبَ لَهُ الْمَبِيعُ ٤٢/٦ ظ بَثْمَنِ ، فَيَأْخُذُ بَعْضُهُ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ ، فَلَا يَصِحُّ ، كَمَا لو قال : بِعْتُكَ هَذَا بِمِائَةٍ . فقال : قَبِلْتُ نِصْفَهُ بِهَا . ولأنه إِذَا فَسَخَ الْبَيْعَ فِي بَعْضِهِ ، وَجَبَ أَنْ يَفْسَخَهُ فِي قَدَرِهِ مِنْ ثَمَنِهِ ، وَلَا يَجُوزُ فَسْخُ الْبَيْعِ فِيهِ مَعَ بَقَاءِ ثَمَنِهِ ، كَمَا لَا يَجُوزُ فَسْخُ الْبَيْعِ فِي الْجَمِيعِ مَعَ بَقَاءِ ثَمَنِهِ . وأما قولُ ^(٢١) أَهْلِ الْعِرَاقِ ، فَإِنَّ فِيهِ إِجْبَارَ الْوَرِثَةِ عَلَى الْمَعَاوِضَةِ عَلَى غَيْرِ ^(٢٢) الْوَجْهِ الَّذِي عَاوَضَ مَوْرُثُهُمْ ^(٢٣) ، وَإِذَا فَسَخَ الْبَيْعَ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ إِنَّمَا حَصَلَتْ فِي ضَمَنِ الْبَيْعِ ، فَإِذَا بَطَلَ الْبَيْعُ زَالَتِ الْوَصِيَّةُ ، كَمَا لو وَصَّى لِرَجُلٍ بِعَيْنِهِ أَنْ يَحُجَّ عَنْهُ بِمِائَةٍ ، وَأَجْرُ مِثْلِهِ خَمْسُونَ ، فَطَلَبَ الْخَمْسِينَ ^(٢٤) الْفَاضِلَةَ بِدُونِ الْحَجِّ . وَإِنْ اشْتَرَى عَبْدًا يُسَاوِي عَشْرَةَ ثَلَاثِينَ ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُ نِصْفَهُ بِنِصْفِ الثَّمَنِ . وَإِنْ بَاعَ الْعَبْدَ الَّذِي يُسَاوِي ثَلَاثِينَ بِخَمْسَةِ عَشَرَ ، جَازَ الْبَيْعُ ^(٢٥) فِي ثُلُثَيْهِ ^(٢٦) بِثُلُثِي الثَّمَنِ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي ، لِلْمُشْتَرِي خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ بِكُلِّ الثَّمَنِ ، وَطَرِيقُ هَذَا أَنْ تُنْسَبَ

(٢١) سقط من : م .

(٢٢) في الأصل ، م زيادة : « هذا » .

(٢٣) في الأصل ، أ : « موروئهم » .

(٢٤) في زيادة : « الرائدة » .

(٢٥) في م : « والبيع » .

(٢٦) في م : « ثلثه » .

الثَّمَنَ وَثُلْثَ الْمَبِيعِ إِلَى قِيَمَتِهِ ، فَيَصِحُّ الْبَيْعُ فِي مِقْدَارِ^(٢٧) تِلْكَ النَّسْبَةِ ، وَهُوَ خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَسْقُطُ الثَّمَنُ مِنْ قِيَمَةِ الْمَبِيعِ ، وَيُنْسَبُ الثُّلُثُ إِلَى الْبَاقِي ، فَيَصِحُّ الْبَيْعُ فِي قَدْرِ تِلْكَ النَّسْبَةِ ، وَهُوَ ثُلَاثُ ثُلَاثِي الثَّمَنِ . فَإِنْ خَلَفَ الْبَائِعُ عَشْرَةَ أُخْرَى ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَصِحُّ الْبَيْعُ فِي ثَمَانِيَةِ أَتْسَاعِهِ بِثَمَانِيَةِ أَتْسَاعِ الثَّمَنِ ، وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، يَأْخُذُ الْمُشْتَرِي نِصْفَهُ وَأَرْبَعَةَ أَتْسَاعِهِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ ، وَيُرَدُّ نِصْفُ ثُسُعِهِ . وَإِنْ بَاعَ قَفِيزَ حِنْطَةٍ يُسَاوِي ثَلَاثِينَ ، بِقَفِيزٍ يُسَاوِي عَشْرَةَ ، أَوْ بِقَفِيزٍ يُسَاوِي خَمْسَةَ عَشَرَ ، نَعَيْنَ الْوَجْهِ الَّذِي اخْتَرْنَاهُ فِي قَوْلِ الْقَاضِي وَمَنْ وَافَقَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُسَاوَاةَ هُنَا شَرْطٌ فِي صِحَّةِ الْبَيْعِ ، وَلَا تَحْصُلُ بَغْيَرُ هَذَا الْوَجْهِ ، وَطَرِيقُ حِسَابِهَا بِالْجَبْرِ فِيمَا إِذَا بَاعَهُ بِمَا يُسَاوِي ثُلْثَ قِيَمَتِهِ ، أَنْ نَقُولَ : يَجُوزُ الْبَيْعُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْأَرْفَعِ بِشَيْءٍ مِنَ الْأَدُونِ ، وَقِيَمَتُهُ ثُلْثُ شَيْءٍ ، / فَتَكُونُ الْمُحَابَاةُ بِثُلَاثِي شَيْءٍ ، أَلْقِيَهُمَا^(٢٨) مِنَ الْأَرْفَعِ ، يَبْقَى^(٢٩) قَفِيزٌ إِلَّا ثُلَاثِي شَيْءٍ ، يَعْدِلُ مِثْلِي الْمُحَابَاةِ ، وَذَلِكَ شَيْءٌ وَثُلْثُ شَيْءٍ ، فَإِذَا جَبَرْتَهُ^(٣٠) عَدَلَ شَيْئَيْنِ ، فَالْشَيْءُ نِصْفُ الْقَفِيزِ .

و ٤٣/٦

فصل : القسم الثاني ، المُحَابَاةُ فِي التَّرْوِيجِ ؛ إِذَا تَزَوَّجَ فِي مَرَضِهِ امْرَأَةٌ ، صَدَاقُ مِثْلِهَا خَمْسَةٌ ، فَأَصْدَقَهَا عَشْرَةَ لَا يَمْلِكُ سِوَاهَا ، ثُمَّ مَاتَ ، فَإِنْ وَرِثَتْهُ بَطَلَتْ الْمُحَابَاةُ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَهَا سَائِرُ الْوَرِثَةِ ، وَإِنْ لَمْ تَرِثْهُ لِكَوْنِهَا مُخَالِفَةً لَهُ فِي الدِّينِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، فَلَهَا مَهْرُهَا وَثُلْثُ مَا حَابَاهَا بِهِ . وَإِنْ مَاتَتْ قَبْلَهُ ، فَوَرِثَهَا وَلَمْ تُخَلِّفْ مَالًا سِوَى مَا أَصْدَقَهَا ، دَخَلَهَا الدَّوْرُ ، فَتَصِحُّ الْمُحَابَاةُ فِي شَيْءٍ ، فَيَكُونُ لَهَا^(٣١) خَمْسَةٌ

(٢٧) فِي م : وَ قَدَرُ .

(٢٨) فِي الْأَصْلِ ، أ : وَ أَلْقَاهَا .

(٢٩) فِي الْأَصْلِ : وَ يَبْقَى .

(٣٠) فِي أ ، م : وَ جَبَرَهُ .

(٣١) فِي م : وَ لَهُ .

بالصدّاق ، و شيء بالمُحابة ، وَيَقَى لَوْرَثَةِ الزَّوْجِ خُمْسَةُ الْأَشْيَاءِ ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِمْ بِالْمِيرَاثِ نِصْفُ مَالِهَا ، وَهُوَ اثْنَانِ وَنِصْفُ وَنِصْفُ شَيْءٍ ، صَارَ لَهُمْ سَبْعَةٌ وَنِصْفٌ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، أَجْبَرُ وَقَابِلُ ، يَخْرُجُ الشَّيْءُ ثَلَاثَةً ^(٣٢) ، فَكَانَ لَهَا ثَمَانِيَةٌ ، رَجَعَ إِلَى وَرَثَةِ الزَّوْجِ نِصْفُهَا أَرْبَعَةٌ ، صَارَ لَهُمْ سِتَّةٌ ، وَلَوْرَثَتِهَا أَرْبَعَةٌ . فَإِنْ تَرَكَ الزَّوْجُ خُمْسَةً أُخْرَى ، قُلْتُ : يَبْقَى مَعَ وَرَثَةِ الزَّوْجِ اثْنَا عَشَرَ وَنِصْفٌ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ^(٣٣) يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ خُمْسَةٌ ، فَجَارَتْ لَهَا الْمُحَابَةُ جَمِيعُهَا ، وَرَجَعَ جَمِيعُ مَا حَابَاهَا بِهِ إِلَى وَرَثَةِ الزَّوْجِ ، وَيَقَى ^(٣٤) لَوْرَثَتِهَا صَدَاقٌ مِثْلُهَا . وَإِنْ كَانَ لِلْمَرْأَةِ خُمْسَةٌ ، وَلَمْ يَكُنْ لِلزَّوْجِ شَيْءٌ ، قُلْتُ : يَبْقَى مَعَ وَرَثَةِ الزَّوْجِ عَشْرَةٌ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ أَرْبَعَةٌ ، فَيَكُونُ لَهَا بِالْصَّدَاقِ تِسْعَةٌ مَعَ خُمْسِهَا أَرْبَعَةَ عَشَرَ ، رَجَعَ إِلَى وَرَثَةِ الزَّوْجِ نِصْفُهَا مَعَ الدِّينَارِ الَّذِي بَقِيَ لَهُمْ ، صَارَ لَهُمْ ثَمَانِيَةٌ وَلَوْرَثَتِهَا سَبْعَةٌ . وَإِنْ كَانَ ^(٣٥) عَلَيْهَا ذَيْنِ ثَلَاثَةٍ ، قُلْتُ : يَبْقَى مَعَ وَرَثَةِ الزَّوْجِ سِتَّةٌ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ دِينَارَانِ وَخُمْسَانِ . وَالبَابُ فِي هَذَا أَنْ نَنْظُرَ مَا يَبْقَى فِي يَدِ وَرَثَةِ الزَّوْجِ ، فَخُمْسَاهُ هُوَ الشَّيْءُ الَّذِي صَحَّتِ الْمُحَابَةُ فِيهِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ بَعْدَ الْجَبْرِ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ وَنِصْفًا / ، وَالشَّيْءُ هُوَ خُمْسَا شَيْئَيْنِ وَنِصْفٍ ، وَإِنْ شِئْتَ اسْقَطْتَ خُمْسَةً ، وَأَخَذْتَ نِصْفَ مَا بَقِيَ ^(٣٦) .

٤٣/٦ ط

فصل : القسم الثالث ، أَنْ يُخَالِعَهَا فِي مَرَضِهَا بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرِهَا ، فَمَذْهَبُ أَحْمَدَ أَنَّ لَوْرَثَتِهَا أَنْ لَا يُعْطَوْهُ أَكْثَرَ مِنْ مِيرَاثِهِ مِنْهَا ، فَيَكُونُ لَهُ الْأَقْلُ مِنَ الْعَوَضِ أَوْ مِيرَاثِهِ مِنْهَا . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ إِنْ خَالَعَهَا بَعْدَ دُخُولِهِ بِهَا ، وَمَاتَ ^(٣٧) قَبْلَ انْقِضَاءِ عَدَّتِهَا ؛ لِأَنَّهَا

(٣٢) فِي الْأَصْلِ ، ١ : : ثَلَاثَةٌ .

(٣٣) سَقَطَ مِنْ : ١ .

(٣٤) فِي : ١ : وَيَقَى ، .

(٣٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣٦) فِي : ١ : بَقِيَ ، .

(٣٧) فِي : م : وَمَاتَ ، .

مُتَّهَمَةٌ فِي أَنهَا قَصَدَتْ إِبْصَالَ أَكْثَرُ مِنْ مِيرَاتِهِ إِلَيْهِ . وَعِنْدَ مَالِكٍ : إِنْ زَادَ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ ، فَالزِّيَادَةُ مَرْذُودَةٌ . وَعَنْ مَالِكٍ ، أَنَّ خُلْعَ الْمَرْبِضَةِ بَاطِلٌ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : الزِّيَادَةُ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ مُحَابَاةٌ تُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلْثِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ خَالَعَهَا قَبْلَ دُخُولِهِ بِهَا ، أَوْ مَاتَ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، فَالْعَوَضُ مِنَ الثَّلْثِ ، وَمِثَالُ ذَلِكَ : امْرَأَةٌ اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا بَثْلَاتَيْنِ ، لَا مَالَ لَهَا سِوَاهَا ، وَصَدَاقُ مِثْلِهَا اثْنَا عَشَرَ ، فَلَهُ خَمْسَةُ عَشَرَ ، سِوَاءِ قَلِّ صَدَاقِهَا أَوْ كَثَرُ ؛ لِأَنَّهَا قَدَرُ مِيرَاتِهِ . وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ : لَهُ ثَمَانِيَةُ عَشَرَ ، اثْنَا عَشَرَ لِأَنَّهَا قَدَرُ صَدَاقِهَا ، وَثُلُثُ بَاقِي الْمَالِ بِالْمُحَابَاةِ وَهُوَ سِتَّةٌ . وَإِنْ كَانَ صَدَاقُهَا سِتَّةً ، فَلَهُ ^(٣٨) أَرْبَعَةُ عَشَرَ ؛ لِأَنَّ ثُلُثَ الْبَاقِي ثَمَانِيَةُ . مَرِيضٌ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى مَائَةٍ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهَا ، وَمَهْرُ مِثْلِهَا عَشْرَةٌ ، ثُمَّ مَرَضَتْ ، فَاخْتَلَعَتْ مِنْهُ بِالْمَائَةِ ، وَلَا مَالَ لَهَا سِوَاهَا ، فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا ، وَلَهَا شَيْءٌ بِالْمُحَابَاةِ ، وَالْبَاقِي لَهُ ، ثُمَّ رَجَعَ ^(٣٩) إِلَيْهِ نِصْفُ مَالِهَا بِالْمُحَابَاةِ ، وَهُوَ خَمْسَةُ وَنِصْفُ شَيْءٍ ، فَصَارَ مَعَ وَرَثَتِهِ خَمْسَةٌ وَتِسْعُونَ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَبَعْدَ الْجَبْرِ يَخْرُجُ الشَّيْءُ ثَمَانِيَةً وَثَلَاثِينَ ، فَقَدْ صَحَّ لَهَا بِالصَّدَاقِ وَالْمُحَابَاةِ ثَمَانِيَةُ وَأَرْبَعُونَ ، وَيَقَى ^(٤٠) مَعَ وَرَثَتِهِ اثْنَانِ وَخَمْسُونَ ، وَرَجَعَ إِلَيْهِمْ بِالْخُلْعِ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ ، فَصَارَ مَعَهُمْ سِتَّةٌ وَسَبْعُونَ ، وَيَقَى لِلْمَرْأَةِ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ . وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ ، يَرْجِعُ إِلَيْهِمْ صَدَاقُ الْمِثْلِ وَثُلُثُ شَيْءٍ بِالْمُحَابَاةِ ، فَصَارَ بِأَيْدِيهِمْ مَائَةٌ إِلَّا ثَلَاثِي شَيْءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ ثَلَاثَةُ أَثْمَانِهَا ، وَهُوَ سَبْعَةٌ وَثَلَاثُونَ وَنِصْفٌ ، فَصَارَ لَهَا ذَلِكَ وَمَهْرُ الْمِثْلِ ، رَجَعَ إِلَيْهِ / مَهْرُ الْمِثْلِ وَثُلُثُ الْبَاقِي اثْنَا عَشَرَ وَنِصْفٌ ، فَيَصِيرُ بِأَيْدِي وَرَثَتِهِ خَمْسَةٌ وَسَبْعُونَ ، وَهُوَ مِثْلًا مُحَابَاتِهَا . وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، يَرْجِعُ إِلَيْهِمْ ^(٤١) ثُلُثُ الْعَشْرِ ^(٤٢) وَثُلُثُ الشَّيْءِ ، فَصَارَ مَعَهُمْ ثَلَاثَةٌ وَتِسْعُونَ وَثُلُثُ إِلَّا ثَلَاثِي شَيْءٍ ، فَالشَّيْءُ ثَلَاثَةُ أَثْمَانِهَا ، وَهُوَ خَمْسَةٌ

و ٤٤/٦

(٣٨) فِي ١ : فَلَهَا .

(٣٩) فِي ١ : يَرْجِعُ .

(٤٠) فِي ١ : وَيَقَى .

(٤١ - ٤٢) فِي ١ : الْعَشْرَةُ .

وثلاثون مع العشرة ، صار لها خمسة وأربعون ، رجع إلى الزوج ثلثها ، صار لورثتها ثلاثون ولورثته سبعون ، هذا إذا مات بعد انقضاء عدتها . وإن تركت المرأة مائة أخرى ، فعلى قولنا يبقى مع ورثة الزوج مائة وخمسة وأربعون إلا أن نصف شيء ، يغدل شيئين ، فالشيء خمساً ذلك ، وهو ثمانية وخمسون ، وهو الذي صححت المحاباة فيه ، فلها ذلك وعشرة بالمثل ، صار لها مائة وثمانية وستون ، رجع إلى الزوج نصفها أربعة وثمانون ، وكان الباقي معه اثنان وثلاثون ، صار له مائة وستة عشر ، ولورثتها أربعة وثمانون^(٤٢) .

فصل : في الهبة ؛ رجل وهب أخاه مائة لا يملك غيرها ، فقبضها ، ثم مات ، وخلف بنتاً ، فقد صححت الهبة في شيء ، والباقي للواهب ، ورجع إليه بالميراث نصف الشيء الذي جازت الهبة فيه ، صار معه مائة^(٤٣) إلا أن نصف شيء ، يغدل شيئين ، فالشيء خمساً ذلك أربعون ، رجع إلى الواهب نصفها عشرون ، صار معه ثمانون^(٤٤) ، وبقي لورثة أخى الواهب عشرون . وطريقها بالباب^(٤٥) أن تأخذ عدداً لثلثه نصف ، وهو ستة ، فتأخذ ثلثه اثنين ، وتلقى نصفه سهماً ، يبقى سهم ، فهو للموهوب له ، ويبقى للواهب أربعة ، فتقسم المائة سهم^(٤٦) على خمسة ، والسهم الذي أسقطته لا يذكر ، لأنه يرجع على جميع السهام الباقية بالسوية ، فيجب أطراحه ، كالسهم الفاضلة عن الفروض في مسألة الرد . وشبه هذه المسألة من مسائل الرد ، أم واختان ، فللاختين أربعة ، وللأم سهم ، ويسقط ذكر السهم السادس . / ولو كان ترك اثنتين ، ضربت ثلاثة في ثلاثة ، صارت تسعة ، وأسقطت

٤٤/٦ ظ

(٤٢) في م : ١ : وثلاثون .

(٤٣) في زيادة : ١ : ونصف .

(٤٤) في م : ١ : ثلاثون .

(٤٥) كذا بالنسخ ، وهو يعني بابها في الحساب .

(٤٦) في الأصل ، ١ : ١ : بينهما .

منها سَهْمًا^(٤٧) بَقِيَ ثَمَانِيَّةٌ ، فَهِيَ الْمَالُ ، وَخُذِ الثُّلُثَ ثَلَاثَةً ، وَأَسْقِطْ مِنْهُمَا سَهْمًا^(٤٧) ،
يَبْقَى سَهْمَانِ ، فَهِيَ الَّتِي تَبْقَى لَوَرَثَةِ الْمَوْهُوبِ لَهُ ، وَيَبْقَى سِتَّةٌ لِلْوَاهِبِ ، وَهِيَ مِثْلًا
مَا جَازَتْ الْهَبَةُ فِيهِ . وَإِنْ خَلَفَ امْرَأَةٌ وَبَنَاتًا ، فَمَسَّالَتْهُمَا مِنْ ثَمَانِيَّةٍ ، تَضْرِبُهَا فِي ثَلَاثَةٍ
تَكُونُ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ تُسْقِطُ مِنْهَا الثَّلَاثَةُ الَّتِي وَرَثَهَا الْوَاهِبُ ، يَبْقَى أَحَدٌ وَعِشْرُونَ ،
فَهِيَ الْمَالُ ، وَتَأْخُذُ ثُلُثَ الْأَرْبَعَةِ وَالْعِشْرِينَ ، وَهِيَ ثَمَانِيَّةٌ ، تُلْقَى مِنْهَا الثَّلَاثَةُ ، يَبْقَى
خَمْسَةٌ ، فَهِيَ الْبَاقِيَةُ لَوَرَثَةِ الْمَوْهُوبِ لَهُ ، وَالْبَاقِي لِلْوَاهِبِ ، فَتَقْسِمُ الْمِائَةُ عَلَى هَذِهِ
السَّهَامِ .

فصل : فَإِنْ وَهَبَ مَرِيضٌ مَرِيضًا مِائَةً ، لَا يَمْلِكُ سِوَاهَا ، ثُمَّ عَادَ الْمَوْهُوبُ لَهُ
فَوَهَبَهَا لِلأَوَّلِ ، وَلَا يَمْلِكُ سِوَاهَا ، فَبِالْبَابِ تَضْرِبُ ثَلَاثَةً فِي ثَلَاثَةٍ ، وَتُسْقِطُ مِنْهَا
سَهْمًا ، يَبْقَى ثَمَانِيَّةٌ ، فَاقْسِمِ الْمِائَةَ عَلَيْهَا لِكُلِّ سَهْمَيْنِ^(٤٨) خَمْسَةً وَعِشْرُونَ ، ثُمَّ خُذْ
ثُلُثَهَا ثَلَاثَةً ، أَسْقِطْ مِنْهَا سَهْمًا ، يَبْقَى سَهْمَانِ ، فَهُوَ لِلْمَوْهُوبِ الْأَوَّلِ ، وَذَلِكَ هُوَ
الرُّبْعُ . وَبِالْجَبْرِ قَدْ صَحَّتِ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ ، ثُمَّ صَحَّتِ الْهَبَةُ الثَّانِيَّةُ فِي ثُلُثِهِ ، يَبْقَى
لِلْمَوْهُوبِ الْأَوَّلِ ثُلُثَا شَيْءٍ وَلِلْوَاهِبِ مِائَةُ إِلَّا ثُلُثُ شَيْءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، اجْبُرْ وَقَابِلِ ،
يَخْرُجُ الشَّيْءُ سَبْعَةً وَثَلَاثِينَ وَنِصْفًا ، رَجَعَ إِلَى الْوَاهِبِ ثُلُثُهَا اثْنَا عَشَرَ وَنِصْفٌ ، وَيَبْقَى
لِلْمَوْهُوبِ لَهُ خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ . فَإِنْ خَلَفَ الْوَاهِبُ مِائَةً أُخْرَى ، فَقَدْ بَقِيَ مَعَ الْوَاهِبِ
مِائَتَانِ إِلَّا ثُلُثُ شَيْءٍ ، تَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ ثَلَاثَةُ أَثْمَانِهَا ، وَذَلِكَ خَمْسَةٌ وَسَبْعُونَ ،
رَجَعَ إِلَى الْوَاهِبِ ثُلُثُهَا ، بَقِيَ مَعَ وَرَثَتِهِ خَمْسُونَ .

فصل : فَإِنْ وَهَبَ رَجُلٌ رَجُلًا جَارِيَّةً ، فَقَبَضَهَا الْمَوْهُوبُ لَهُ وَوَطَّئَهَا ، وَمَهَرُهَا

(٤٧) - (٤٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤٨) فِي ١ ، م : ٥ سَهْمِ .

ثَلَاثُ قِيمَتَيْهَا ، ثُمَّ مَاتَ الْوَاهِبُ وَلَا شَيْءَ لَهُ سِوَاهَا ، وَقِيمَتُهَا ثَلَاثُونَ ، وَمَهْرُهَا عَشْرَةٌ ، فَقَدْ صَحَّتِ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ ، وَسَقَطَ عَنْهُ مِنْ مَهْرِهَا ثَلَاثُ شَيْءٍ ، وَبَقِيَ لِلْوَاهِبِ أَرْبَعُونَ إِلَّا شَيْئًا وَثَلَاثًا يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، اجْبُرُوا قَابِلَ ، يَخْرُجُ الشَّيْءُ ، خُمْسُ ذَلِكَ وَعَشْرُهُ ، وَهُوَ اثْنَا عَشَرَ / وَذَلِكَ خُمْسًا الْجَارِيَةِ . فَقَدْ صَحَّتِ الْهَبَةُ فِيهِ ، وَيَبْقَى لِلْوَاهِبِ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهَا ، وَلَهُ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ مَهْرِهَا سِتَّةٌ . وَلَوْ وَطَّعَهَا أَجْنَبِيٌّ فَكَذَلِكَ ، وَيَكُونُ عَلَيْهِ مَهْرُهَا ، ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهِ لِلْوَاهِبِ ، وَخُمْسَاهُ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ ، إِلَّا أَنْ تُفَوِّذَ الْهَبَةَ فِيمَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ مِنْهَا^(٤٩) مَوْقُوفٌ عَلَى حُصُولِ الْمَهْرِ مِنَ الْوَاطِئِ ، فَإِنْ لَمْ يَحْصُلْ مِنْهُ شَيْءٌ ، لَمْ تَزِدِ الْهَبَةَ عَلَى ثَلَاثِهَا . وَكُلَّمَا حَصَلَ مِنْهُ شَيْءٌ تَفَدَّتِ الْهَبَةُ فِي الزِّيَادَةِ بِقَدْرِ ثَلَاثِهِ . وَإِنْ وَطَّعَهَا الْوَاهِبُ ، فَعَلَيْهِ مِنْ عَقْرِهَا بِقَدْرِ مَا جَارَتْ الْهَبَةُ فِيهِ ، وَهُوَ ثَلَاثُ شَيْءٍ ، يَبْقَى مَعَهُ ثَلَاثُونَ إِلَّا شَيْئًا وَثَلَاثًا^(٥٠) ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ تِسْعَةٌ ، وَهُوَ خُمْسُ الْجَارِيَةِ ، وَعَشْرُهَا وَسَبْعَةُ أَغْشَارِهَا لَوَرِثَةِ الْوَاطِئِ ، وَعَلَيْهِمْ عَقْرُ الَّذِي جَارَتْ الْهَبَةُ فِيهِ ثَلَاثُهُ^(٥١) ، فَإِنْ أَخَذَ مِنَ الْجَارِيَةِ بِقَدْرِهَا ، صَارَ لَهُ خُمْسُهَا .

فصل : وَإِنْ وَهَبَ مَرِيضٌ رَجُلًا عَبْدًا ، لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، فَقَتَلَ الْعَبْدُ الْوَاهِبَ ، قِيلَ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ : إِمَّا أَنْ تُفْدِيَهُ ، وَإِمَّا أَنْ تُسَلِّمَهُ ، فَإِنْ اخْتَارَ تَسْلِيمَهُ سَلَّمَهُ كُلَّهُ ، نِصْفَهُ بِالْجَنَائَةِ ، وَنِصْفَهُ لَا تَنْتَقِصُ الْهَبَةُ فِيهِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَبْدَ كُلَّهُ قَدْ صَارَ إِلَى وَرَثَةِ الْوَاهِبِ ، وَهُوَ مِثْلًا نِصْفِهِ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْهَبَةَ جَارَتْ فِي نِصْفِهِ . وَإِنْ اخْتَارَ فِدَاءَهُ ففِيهِ^(٥٢) رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ؛ يَفْدِيهِ بِأَقْلِ الْأُمُرَيْنِ مِنْ^(٥٣) قِيمَةِ تَصْيِيْبِهِ مِنْهُ^(٥٤) أَوْ أَرْضِ جِنَائَتِهِ . وَالْأُخْرَى ، يَفْدِيهِ بِقَدْرِ ذَلِكَ مِنْ أَرْضِ جِنَائَتِهِ ، بِالْعَةِ مَا بَلَغَتْ . فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ دِيَّةً ، فَإِنَّكَ تَقُولُ : صَحَّتِ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ ، وَتَدْفَعُ إِلَيْهِمْ نِصْفَ الْعَبْدِ وَقِيمَةَ نِصْفِهِ ، وَذَلِكَ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ،

(٤٩) فِي أ ، ب ، م : مِنْهَا .

(٥٠) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥١ - ٥٢) فِي الْأَصْلِ : قِيمَتُهُ .

فَتَبَيَّنَ أَنَّ الشَّيْءَ نِصْفُ الْعَبْدِ ، وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ دِيْنَتَيْنِ ، وَاخْتَارَ دَفْعَهُ ، فَإِنَّ الْهَبَةَ تَجُوزُ فِي شَيْءٍ ، وَتُدْفَعُ إِلَيْهِمْ نِصْفُهُ ، وَيَبْقَى مَعَهُمْ عَبْدٌ إِلَّا نِصْفُ شَيْءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ خُمْسَاهُ ، وَيُرَدُّ إِلَيْهِمْ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهِ ؛ لِإِتْقَاصِ الْهَبَةِ ، وَخُمْسًا مِنْ أَجْلِ جِنَايَتِهِ ، فَيَصِيرُ لَهُمْ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهِ ، وَذَلِكَ مِثْلًا مَا جَازَتْ الْهَبَةُ / فِيهِ . وَإِنْ اخْتَارَ فِدَاءَهُ ، فَذَاهُ بِخُمْسِي الدِّيَّةِ ، وَيَبْقَى لَهُ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهِ وَخُمْسَا الدِّيَّةِ ، وَهِيَ بِمَنْزِلَةِ خُمْسٍ مِنْهُ ، وَيَبْقَى لَهُ خُمْسَاهُ . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ نِصْفَ الدِّيَّةِ أَوْ أَقَلَّ ، وَقُلْنَا : نَقْدِيهِ بِأَرْشِ جِنَايَتِهِ . نَفَذَتْ الْهَبَةُ فِي جَمِيعِهِ ؛ لِأَنَّ أَرْشَهَا أَكْثَرُ مِنْ مِثْلَى قِيَمَتِهِ أَوْ مِثْلَيْهَا . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ ثَلَاثَةَ أَخْمَاسِ الدِّيَّةِ ، فَاخْتَارَ فِدَاءَهُ بِالْأُخْرَى ، فَقَدْ صَحَّتِ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ ، وَيَقْدِيهِ بِشَيْءٍ وَثَلَاثَيْنِ ، فَصَارَ مَعَ الْوَرِثَةِ عَبْدٌ وَثَلَاثُ شَيْءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ ، فَتَصِحُّ الْهَبَةُ فِي ثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ الْعَبْدِ ، وَيَرْجِعُ إِلَى الْوَاهِبِ رُبْعُهُ مِائَةً وَخُمْسُونَ ، وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الدِّيَّةِ سَبْعُمِائَةٍ وَخُمْسُونَ ، صَارَ الْجَمِيعُ تِسْعِمِائَةٍ ، وَهُوَ مِثْلًا مَا صَحَّتِ الْهَبَةُ فِيهِ . فَإِنْ تَرَكَ الْوَاهِبُ مِائَةَ دِينَارٍ ، فَاضْمُمْنَاهَا إِلَى قِيَمَةِ الْعَبْدِ ، فَإِنْ اخْتَارَ دَفْعَ الْعَبْدِ ، دَفَعَ ثَلَاثَهُ وَرُبْعَهُ ، وَذَلِكَ قَدْرُ نِصْفِ جَمِيعِ الْمَالِ بِالْجِنَايَةِ وَبَاقِيَهُ لِإِتْقَاصِ الْهَبَةِ ، فَيَصِيرُ لِلْوَرِثَةِ ^(٥٢) الْعَبْدُ وَالْمِائَةُ ، وَذَلِكَ مِثْلًا مَا جَازَتْ الْهَبَةُ فِيهِ . وَإِنْ اخْتَارَ الْفِدَاءَ ، فَقَدْ عَلِمْتَ أَنَّهُ يَقْدِي ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ إِذَا لَمْ يَتْرِكْ شَيْئًا ، فَرُدَّ عَلَى ذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْمِائَةِ ، يَصِيرُ ذَلِكَ سَبْعَةَ أَثْمَانِ الْعَبْدِ ، فَتَقْدِيهِ ^(٥٣) بِسَبْعَةِ أَثْمَانِ الدِّيَّةِ .

فصل : مَرِيضٌ أَعْتَقَ عَبْدًا ، لَا مَالَ لَهُ سِوَاهُ ، قِيَمَتُهُ مِائَةٌ ، فَقَطَعَ إصْبَعُ سَيِّدِهِ خَطَأً ، فَأَنَّهُ يَعْتَقُ نِصْفَهُ ، وَعَلَيْهِ نِصْفُ قِيَمَتِهِ ، وَيَصِيرُ لِلْسَيِّدِ نِصْفُهُ وَنِصْفُ قِيَمَتِهِ ، وَذَلِكَ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنْهُ ، وَأَوْجَبْنَا نِصْفَ قِيَمَتِهِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ مِنْ أَرْشِ جِنَايَتِهِ بِقَدْرِ مَا عَتَقَ مِنْهُ . وَحَسَابُهَا أَنْ تَقُولَ : عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَعَلَيْهِ شَيْءٌ لِلْسَيِّدِ ، فَصَارَ مَعَ السَيِّدِ عَبْدٌ إِلَّا شَيْئًا ، وَشَيْءٌ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَأَسْقِطْ شَيْئًا بِشَيْءٍ ، يَبْقَى مَا مَعَهُ مِنَ الْعَبْدِ يَعْدِلُ شَيْئًا

(٥٢) سقط من : م .

(٥٣) في م : « ففیه » .

مَثَلُ مَا عَتَقَ مِنْهُ . وَلَوْ كَانَتْ قِيَمَةُ الْعَبْدِ مَائَتَيْنِ ، عَتَقَ خُمْسَاهُ ؛ لِأَنَّهُ يَغْتَقُ مِنْهُ شَيْءٌ ،
وَعَلَيْهِ نِصْفُ شَيْءٍ لِلسَّيِّدِ ، فَصَارَ لِلسَّيِّدِ نِصْفُ شَيْءٍ ^(٥٤) ، وَبَقِيَّةُ الْعَبْدِ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ،
فَيَكُونُ بَقِيَّةُ الْعَبْدِ يَعْدِلُ شَيْئًا وَنِصْفًا ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهِ ، وَالشَّيْءُ الَّذِي عَتَقَ
خُمْسَاهُ . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ خَمْسِينَ أَوْ أَقَلَّ ، عَتَقَ كُلَّهُ لِأَنَّهُ يَلْزِمُهُ مِائَةٌ ، وَهِيَ مِثْلَاهُ أَوْ
أَكْثَرُ . وَإِنْ كَانَتْ / قِيَمَتُهُ سِتِّينَ ، قُلْنَا : عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَعَلَيْهِ شَيْءٌ وَثُلَاثُ شَيْءٍ لِلسَّيِّدِ ،
مَعَ بَقِيَّةِ الْعَبْدِ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَبَقِيَّةُ الْعَبْدِ إِذَا ثُلُثُ شَيْءٍ ، فَيَغْتَقُ مِنْهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ . وَعَلَى
هَذَا الْقِيَاسُ إِلَّا أَنْ مَا زَادَ مِنْ ^(٥٥) الْعِتْقِ عَلَى الثُّلُثِ ، يَنْبَغِي أَنْ يَقِفَ عَلَى أَدَاءِ مَا يُقَابِلُهُ مِنَ
الْقِيَمَةِ ، كَمَا إِذَا دَبَّرَ عَبْدًا وَلَهُ دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ غَرِيمٍ لَهُ ، فَكُلَّمَا اقْتَضَى مِنَ الْقِيَمَةِ شَيْئًا ، عَتَقَ
مِنَ الْمَوْقُوفِ بِقَدْرِ ثُلُثِهِ .

فصل : فَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ ، دَفْعَةً وَاحِدَةً ، قِيَمَةُ أَحَدِهِمَا مِائَةٌ وَالْآخَرِ مِائَةٌ
وَحُمْسُونَ ، فَجَنَى الْأَدْنَى عَلَى الْأَرْفَعِ جِنَايَةً نَقَصَتْهُ ثُلُثَ قِيَمَتِهِ ، وَأَرْشُهَا كَذَلِكَ ،
فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِمَا ، ثُمَّ مَاتَ ، أَقْرَعْنَا بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ ، فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْجَانِي عَتَقَ مِنْهُ أَرْبَعَةٌ
أَخْمَاسِهِ ، وَعَلَيْهِ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِ أَرْضِ جِنَايَتِهِ ، وَبَقِيَ لَوَرِثَةِ سَيِّدِهِ خُمْسُهُ وَأَرْشُ جِنَايَتِهِ
وَالْعَبْدُ الْآخَرُ ، وَذَلِكَ مِائَةٌ وَسِتُّونَ ، وَهُوَ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنْهُ . وَحِسَابُهَا أَنْ تَقُولَ :
عَبْدٌ ^(٥٦) عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَعَلَيْهِ نِصْفُ شَيْءٍ ؛ لِأَنَّ جِنَايَتَهُ بِقَدْرِ نِصْفِ قِيَمَتِهِ ، بَقِيَ
لِلسَّيِّدِ نِصْفُ شَيْءٍ ، وَبَقِيَّةُ الْعَبْدَيْنِ تَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَعَلِمْتُ أَنَّ بَقِيَّةَ الْعَبْدَيْنِ شَيْءٌ
وَنِصْفٌ ، فَإِذَا أَضْفَتَ إِلَى ذَلِكَ الشَّيْءِ الَّذِي عَتَقَ ، صَارَا جَمِيعًا يَعْدِلَانِ شَيْئَيْنِ
وَنِصْفًا ، فَالشَّيْءُ الْكَامِلُ خُمْسَاهُمَا ، وَذَلِكَ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِ أَحَدِهِمَا . وَإِنْ وَقَعَتْ
قُرْعَةُ الْحُرِّيَّةِ عَلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ، عَتَقَ ثُلُثُهُ ، وَلَهُ ثُلُثُ أَرْضِ جِنَايَتِهِ ، يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَةِ الْجَانِي ،
وَذَلِكَ تُسْعُ الدِّيَّةِ ؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ عَلَى مَنْ ثُلُثُهُ حُرٌّ تُضْمَنُ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ وَالرَّقِّ ،

(٥٤) فِي م : « الشَّيْءُ » .

(٥٥) فِي م : « فِي » .

(٥٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

والواجب له من الأرض^(٥٧) يَسْتَعْرِقُ قِيمَةَ الْجَانِي ، فَيَسْتَحِقُّهَ بِهَا ، وَلَا يَتَّقَى لِسَيِّدِهِ مَالٌ سِوَاهُ فَيَعْتِقُ ثُلُثَهُ ، وَيَرْقُ ثُلَاثَهُ . وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ ، قِيمَةُ أَحَدِهِمَا خَمْسُونَ ، وَقِيمَةُ الْآخَرِ / ثَلَاثُونَ ، فَجَنَى الْأَدْنَى عَلَى الْأَرْفَعِ ، فَتَقْصَصَهُ حَتَّى صَارَتْ قِيمَتُهُ أَرْبَعِينَ ، أَفْرَعْنَا بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ خَرَجَتْ الْقُرْعَةُ لِلْأَدْنَى ، عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَعَلَيْهِ ثُلُثُ شَيْءٍ ، فَبَعْدَ الْجَبْرِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْعَبْدَيْنِ شَيْئَانِ وَثُلَاثَانِ ، فَالشَّيْءُ ثَلَاثَةُ أَثْمَانِهِمَا ، وَقِيمَتُهَا سَبْعُونَ ، فَثَلَاثَةُ أَثْمَانِهَا سَبْعَةٌ وَعِشْرُونَ وَرُبْعٌ^(٥٨) وَهِيَ مِنَ الْأَدْنَى نِصْفُهُ وَخُمْسُ سُدُسِ عَشْرِهِ . وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْآخَرِ ، عَتَقَ ثُلُثَهُ ، وَحَقُّهُ مِنَ الْجَنَابَةِ أَكْثَرُ مِنْ قِيمَةِ الْجَانِي ، فَيَأْخُذْهُ بِهَا ، أَوْ يَفْدِيهِ الْمُعْتِقُ . وَقَدْ بَقِيََتْ فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ ، وَفِيمَا ذَكَرْنَا مَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى غَيْرِهِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، وَكُلُّ مَوْضِعٍ زَادَ الْعِتْقُ عَلَى ثُلْثِ الْعَبْدَيْنِ مِنْ أَجْلِ وَجُوبِ الْأَرْضِ لِلْسَيِّدِ ، تَكُونُ الزِّيَادَةُ مَوْقُوفَةً عَلَى أَدَاءِ الْأَرْضِ ، كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٩٧٢ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ جَاوَزَ الْعَشْرَ سِنِينَ ؛ فَوَصِيَّتُهُ جَائِزَةٌ إِذَا وَافَقَ الْحَقُّ)

هَذَا الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ ، وَحَنْبَلٍ : تَجُوزُ وَصِيَّتُهُ إِذَا بَلَغَ عَشْرَ سِنِينَ . قَالَ أَبُو بَكْرِ : لَا يَخْتَلِفُ الْمَذْهَبُ أَنَّ مَنْ لَهُ عَشْرُ سِنِينَ ، تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ ، وَمَنْ لَهُ دُونَ السَّبْعِ لَا تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ ، وَمَا بَيْنَ السَّبْعِ وَالْعَشْرِ فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الْغُلَامِ لِدُونَ الْعَشْرِ وَلَا الْجَارِيَةِ^(١) ، قَوْلًا وَاحِدًا ، وَمَا زَادَ عَلَى الْعَشْرِ فَتَصِحُّ ، عَلَى الْمَنْصُوصِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، لَا تَصِحُّ حَتَّى

(٥٧) فِي الْأَصْلِ : « أَرْضِ » .

(٥٨) فِي حَاشِيَةِ م : « سِوَاهُ سِتَّةٍ وَعِشْرُونَ وَرُبْعٍ وَهِيَ مِنَ الْأَدْنَى نِصْفُهُ وَرُبْعُهُ وَثَمَنُهُ » . وَهُوَ حَقٌّ .

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ : « لِلدَّوْنِ سَبْعِ » .

يُلْعَ . وقال القاضي ، وأبو الخطاب : نَصِيحُ وَصِيَّةِ الصَّبِيِّ إِذَا عَقَلَ . وَرَوَى عَنْ
عَمْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ أَجَازَ وَصِيَّةَ الصَّبِيِّ ، وَهُوَ قَوْلُ عَمْرِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ،
وَشُرَيْحٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَإِبَاسٍ ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالنَّخَعِيِّ ،
وَمَالِكٍ ، وَإِسْحَاقَ . قَالَ إِسْحَاقُ : إِذَا بَلَغَ اثْنَتَى عَشْرَةَ . وَحَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ عَنْ
أَحْمَدَ . وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ : لَا نَصِيحُ وَصِيَّتِهِ حَتَّى يُلْعَ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَمُجَاهِدٌ ،
وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَاحْتَجُّوا بِأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِالْمَالِ ، فَلَا
يَصِحُّ مِنَ الصَّبِيِّ ، كَالْهَبَةِ وَالْعَتِيقِ ، وَلَئِنَّهُ لَا يَقْبَلُ إِقْرَارُهُ ، فَلَا نَصِيحُ وَصِيَّتِهِ ، كَالطِّفْلِ .
وَلَنَا ، مَا رَوَى ، أَنَّ صَبِيًّا مِنْ غَسَّانَ ، لَهُ عَشْرُ سِنِينَ ، أَوْصَى لِأَخْوَالِهِ لَهُ ، فَرَفَعَ ذَلِكَ
إِلَى عَمْرِ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَأَجَازَ وَصِيَّتَهُ . رَوَاهُ سَعِيدٌ . وَرَوَى مَالِكٌ ،
فِي « مَوْطِئِهِ » ^(٢) عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، أَنَّ عَمْرُ بْنُ سُلَيْمٍ أَخْبَرَهُ ، أَنَّهُ
قِيلَ لِعَمْرِ بْنِ الْخَطَّابِ : إِنَّ هُنَا غُلَامًا يَفَاعَا لَمْ يَحْتَلِمَ ، وَوَرَّثَهُ بِالشَّامِ ، وَهُوَ ذُو
مَالٍ ، وَلَيْسَ لَهُ هُنَا إِلَّا ابْنَةٌ عَمٌّ لَهُ ، فَقَالَ عَمْرٌ : فَلْيُوصَ لَهَا . فَأَوْصَى لَهَا بِمَالٍ يُقَالُ
لَهُ بِعَرَجُشَمَ . قَالَ عَمْرُ بْنُ سُلَيْمٍ : فَبِعْتُ ذَلِكَ الْمَالَ بِثَلَاثِينَ أَلْفًا . وَابْنَةُ عَمِّهِ الَّتِي أَوْصَى
لَهَا هِيَ أُمُّ عَمْرِو بْنِ سُلَيْمٍ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : وَكَانَ الْغُلَامُ ابْنَ عَشْرٍ أَوْ اثْنَتَى عَشْرَةَ سَنَةً .
وَهَذِهِ قِصَّةٌ ائْتَشَرَتْ فَلَمْ تُنْكَرْ ، وَلَئِنَّهُ تَصَرَّفَ تَمَحُّضًا نَفْعًا لِلصَّبِيِّ ، فَصَحَّ مِنْهُ ،
كَالْإِسْلَامِ وَالصَّلَاةِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ صَدَقَةٌ يَحْصُلُ ثَوَابُهَا لَهُ بَعْدَ غِنَاهُ عَنْ مِلْكِهِ
وَمَالِهِ ، فَلَا يَلْحَقُهُ ضَرَرٌ فِي عَاجِلِ دُنْيَاهُ وَلَا أَخْرَاهُ ، بِخِلَافِ الْهَبَةِ وَالْعَتِيقِ الْمُنْجَزِ ،
فَإِنَّهُ يُفَوِّتُ مِنْ مَالِهِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ ، وَإِذَا رُدَّتْ رَجَعَتْ إِلَيْهِ ، وَهُنَا لَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ بِالرَّدِّ ،
وَالطِّفْلُ لَا عَقْلَ لَهُ ، وَلَا يَصِحُّ إِسْلَامُهُ وَلَا عِبَادَتُهُ . وَقَوْلُهُ : « إِذَا وَافَقَ الْحَقُّ » . يَعْنِي

(٢) فِي : بَابِ مَا يَجُوزُ وَصِيَّةُ الصَّغِيرِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْوَصِيَّةِ . الْمَوْطَأُ ٢/٧٦٢ .
كَمَا أَخْرَجَهُ الدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ الْوَصِيَّةِ لِلْغُلَامِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ٤٢٤/٢ مَخْتَصَرًا .
وَالْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي وَصِيَّةِ الصَّغِيرِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٦/٢٨٢ . وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي :
بَابِ وَصِيَّةِ الْغُلَامِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . الْمُصَنَّفُ ٩/٧٨ .

إذا وَصَّى بِوَصِيَّةٍ يَصِحُّ مِثْلُهَا مِنَ الْبَالِغِ^(٣)، صَحَّتْ مِنْهُ، ^(٤)«وَمَالًا» فلا . قال شُرَيْحٌ، وعبد الله بن عتبة، وهما قاضيان : مَنْ أَصَابَ الْحَقَّ أَجْزَأًا وَصِيَّتُهُ .

فصل : فأما الطفل، وهو مَنْ لَهُ دُونَ السَّبْعِ، وَالْمَجْنُونُ، وَالْمُبْرَسَمُ، فَلَا وَصِيَّةَ لَهُمْ . وهذا قولُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ، مِنْهُمْ ؛ حُمَيْدُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، وَمَالِكٌ، وَالْأَوْزَاعِيُّ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ، وَمَنْ تَبِعَهُمْ . وَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَهُمْ إِلَّا لِإِيَّاسِ بْنِ مُعَاوِيَةَ، قَالَ فِي الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ^(٥) : إِذَا وَافَقَتْ وَصِيَّتُهُمَا^(٦) الْحَقَّ جَازَتْ . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ فَإِنَّهُ لَا حُكْمَ لِكَلَامِهِمَا، وَلَا تَصِحُّ عِبَادَتُهُمَا، وَلَا شَيْءٌ مِنْ تَصَرُّفَاتِهِمَا، فَكَذَا الْوَصِيَّةُ، بَلْ أَوْلَى، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يَصِحَّ إِسْلَامُهُ وَصَلَاتُهُ الَّتِي هِيَ مَحْضُ نَفْعٍ لَا ضَرَرَ فِيهَا، فَلَا نَ لَا يَصِحُّ بِذَلِكَ الْمَالُ يَتَضَرَّرُ بِهِ وَارِثُهُ أَوْلَى، وَلِأَنَّهَا تَصَرَّفُ يَفْتَقَرُ إِلَى إِجْبَابٍ وَقَبُولٍ، فَلَا يَصِحُّ مِنْهَا، كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ .

٤٧/٦ ظ

فصل : فأما الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ لِسَفِهِ، فَإِنَّ وَصِيَّتَهُ تَصِحُّ، فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَحْمَدَ . قَالَ الْخَبَرِيُّ : وَهُوَ قَوْلُ الْأَكْثَرِينَ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فِي وَصِيَّتِهِ وَجْهَانِ . وَلَنَا، أَنَّهُ عَاقِلٌ تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ، كَالصَّبِيِّ الْعَاقِلِ، وَلِأَنَّ وَصِيَّتَهُ تَمَحُّضَتْ نَفْعًا مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ، فَصَحَّتْ كِعِبَادَتِهِ . وَأَمَّا الَّذِي يُجْنُ أَحْيَانًا، وَيُفِيْقُ أَحْيَانًا، فَإِنَّ وَصِيَّ حَالِ جُنُونِهِ لَمْ تَصِحَّ، وَإِنْ وَصَّى فِي حَالِ عَقْلِهِ صَحَّتْ وَصِيَّتُهُ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْعُقَلَاءِ فِي شَهَادَتِهِ، وَوُجُوبِ الْعِبَادَةِ عَلَيْهِ، فَكَذَلِكَ فِي وَصِيَّتِهِ وَتَصَرُّفَاتِهِ . وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ السَّكَرَانِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : فِيهِ قَوْلَانِ . يَعْنِي وَجْهَيْنِ . وَلَنَا، أَنَّهُ لَيْسَ بِعَاقِلٍ، فَلَا تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ، كَالْمَجْنُونِ . وَأَمَّا إِيقَاعُ طَلَاقِهِ، فَإِنَّمَا أَوْقَعَهُ مَنْ أَوْقَعَهُ تَغْلِيظًا عَلَيْهِ، لِإِزْكَابِهِ الْمَعْصِيَةَ، فَلَا يَتَعَدَّى هَذَا إِلَى وَصِيَّتِهِ؛ فَإِنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَيْهِ فِيهَا، إِنَّمَا الضَّرَرُ عَلَى وَارِثِهِ . وَأَمَّا

(٣) فِي ١، م : « الْبَالِغِ » .

(٤ - ٤) فِي ١، م : « وَالْأَوْزَاعِيُّ » .

(٥) فِي م زِيَادَةً : « إِلَّا » .

(٦) فِي م : « وَصِيَّتِهِ » .

الضَّعِيفُ فِي عَقْلِهِ ، فَإِنْ مَنَعَ ذَلِكَ رُشْدَهُ فِي مَالِهِ ، فَهُوَ كَالسَّفِيهِ ، وَإِلَّا فَهُوَ كَالْعَاقِلِ .

فصل : وَتَصِحُّ وَصِيَّةُ الْأَخْرَسِ إِذَا فُهِمَتْ إشارته^(٧) ؛ لِأَنَّهَا أُقِيمَتْ مُقَامَ نُطْقِهِ فِي طَلَاقِهِ وَلِعَانِهِ وَغَيْرِهِمَا ، فَإِنْ لَمْ تُفْهَمْ إشارته ، فَلَا حُكْمَ لَهَا . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَغَيْرِهِمَا . فَأَمَّا النَّاطِقُ إِذَا اُعْتُقِلَ لِسَانُهُ ، فَعَرِضَتْ عَلَيْهِ وَصِيَّتُهُ ، فَأَشَارَ بِهَا ، وَفُهِمَتْ إشارته ، لَمْ تَصِحَّ وَصِيَّتُهُ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ قَادِرٍ عَلَى الْكَلَامِ ، أَشْبَهَ الْأَخْرَسَ . وَاحْتَجَّ ابْنُ الْمُنْذِرِ بِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ صَلَّى وَهُوَ قَاعِدٌ ، فَأَشَارَ إِلَيْهِمْ ، فَقَعَدُوا . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ^(٨) . وَخَرَّجَهُ ابْنُ عَقِيلٍ وَجْهًا إِذَا اتَّصَلَ بِاعْتِقَالِ لِسَانِهِ الْمَوْتُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ غَيْرُ مَأْيُوسٍ مِنْ نُطْقِهِ ، فَلَمْ تَصِحَّ وَصِيَّتُهُ بِإِشارته ، كَالْقَادِرِ عَلَى الْكَلَامِ . وَالْخَبَرُ لَا يُلْزِمُ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ قَادِرًا عَلَى الْكَلَامِ ، وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّ إِشَارَةَ الْقَادِرِ / لَا تَصِحُّ بِهَا وَصِيَّةٌ وَلَا إِقْرَارٌ ، فَفَارَقَ الْأَخْرَسَ ، لِأَنَّهُ مَأْيُوسٌ مِنْ نُطْقِهِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى عَبْدٌ أَوْ مُكَاتَّبٌ أَوْ مُدَبِّرٌ أَوْ أُمٌّ وَلَدٍ وَصِيَّةً ، ثُمَّ مَاتُوا عَلَى الرَّقِّ ، فَلَا وَصِيَّةَ لَهُمْ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَالَ لَهُمْ . وَإِنْ عَتَقُوا^(٩) ثُمَّ مَاتُوا أَوْ لَمْ يُعَيَّرُوا وَصِيَّتَهُمْ ، صَحَّتْ ؛ لِأَنَّ لَهُمْ قَوْلًا صَحِيحًا وَأَهْلِيَّةً تَامَةً ، وَإِنَّمَا فَارَقُوا الْحُرَّ بِأَنَّهُمْ لَا مَالَ لَهُمْ ، وَالْوَصِيَّةُ تَصِحُّ مَعَ عَدَمِ الْمَالِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى الْفَقِيرُ الَّذِي لَا شَيْءَ لَهُ ، ثُمَّ اسْتَعْنَى . وَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمْ : مَتَى

(٧) فِي الْأَصْلِ : « إِشَارَاتِهِ » .

(٨) فِي : بَابِ إِنَّمَا جَعَلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتِمَ بِهِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْأَذَانِ ، وَفِي : بَابِ صَلَاةِ الْقَاعِدِ ، مِنْ كِتَابِ التَّقْصِيرِ ، وَفِي : بَابِ الْإِشَارَةِ فِي الصَّلَاةِ ، مِنْ كِتَابِ السَّهْوِ ، وَفِي : بَابِ إِذَا عَادَ مَرِيضًا فَحَضَرَتْ الصَّلَاةُ فَصَلَّى بِهِمْ جَمَاعَةً ، مِنْ كِتَابِ الْمَرَضِيِّ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١/١٧٦ ، ١٧٧ ، ٥٨/٢ ، ٥٩ ، ٨٨ ، ٨٩ ، ١٥٢/٧ .
كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ الْإِمَامِ يَصَلِّي مِنْ قَعْدٍ ، مِنْ كِتَابِ الصَّلَاةِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ١٥٢/١٤٢ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ إِنَّمَا جَعَلَ الْإِمَامَ لِيُؤْتِمَ بِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِقَامَةِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٣٩٢/١ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ صَلَاةِ الْإِمَامِ وَهُوَ جَالِسٌ ، مِنْ كِتَابِ صَلَاةِ الْجَمَاعَةِ . الْمُوطَأُ ١/١٣٥ .

(٩) فِي م : « أَعْتَقُوهُمْ » .

عَنْتُ ثُمَّ مُتُّ ، فَتُلِي لِفُلَانٍ وَصِيَّةً ، فَتَعَقَّ وَمَاتَ ، صَحَّحَتْ وَصِيَّتُهُ . وَبِهِ قَالَ أَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَلَا أَعْلَمُ عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَهُمْ .

فصل : وَتَصِيحُ وَصِيَّةِ الْمُسْلِمِ لِلذَّمِيِّ ، وَالذَّمِيُّ لِلْمُسْلِمِ ، وَالذَّمِيُّ لِلذَّمِيِّ . رُويَ إِجَازَةً وَصِيَّةُ^(١٠) الْمُسْلِمِ لِلذَّمِيِّ عَنْ شُرَيْحٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ وَإِسْحَاقَ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَلَا تَعْلَمُ عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَهُمْ . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَنَفِيَّةِ ، وَعَطَاءٌ ، وَقَتَادَةُ ، فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَى أُولِيائِكُمْ مَعْرُوفًا ﴾^(١١) . هُوَ وَصِيَّةُ الْمُسْلِمِ لِلْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ . وَقَالَ سَعِيدٌ : حَدَّثَنَا سُفْيَانُ ، عَنْ أَيُّوبَ ، عَنْ عِكْرَمَةَ ، أَنَّ صَفِيَّةَ بِنْتَ حُثَيْلٍ بَاعَتْ حُجْرَتَهَا مِنْ مُعَاوِيَةَ بِمِائَةِ أَلْفٍ ، وَكَانَ لَهَا أَخٌ يَهُودِيٌّ ، فَعَرَضَتْ عَلَيْهِ أَنْ يُسَلِّمَ فَبِئِثَ ، فَأَبَى ، فَأَوْصَتْ لَهُ بِثُلْثِ الْمِائَةِ^(١٢) . وَلَئِنْ تَصِيحُ لَهُ الْهَبَةُ ، فَصَحَّحَتْ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، كَالْمُسْلِمِ ، وَإِذَا^(١٣) صَحَّحَتْ وَصِيَّةُ الْمُسْلِمِ لِلذَّمِيِّ ، فَوَصِيَّةُ الذَّمِيِّ لِلْمُسْلِمِ وَالذَّمِيُّ لِلذَّمِيِّ أَوَّلَى . وَلَا تَصِيحُ إِلَّا بِمَا تَصِيحُ بِهِ وَصِيَّةُ الْمُسْلِمِ لِلْمُسْلِمِ . وَلَوْ أَوْصَى لِوَارِثِهِ ، أَوْ لِأَجْنَبِيٍّ ، بِأَكْثَرٍ مِنْ ثَلَاثٍ ، وَقَفَّ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرِثَةِ ، كَالْمُسْلِمِ سِوَاءً .

فصل : وَتَصِيحُ الْوَصِيَّةِ لِلْخَرِبِيِّ فِي دَارِ الْحَرْبِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَكْثَرُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَا تَصِيحُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ ﴾ ، إِلَى قَوْلِهِ : ﴿ إِنَّمَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ ﴾ . الْآيَةُ^(١٤) . فَيَدُلُّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ مَنْ قَاتَلَنَا لَا يَحِلُّ بَرُّهُ . وَلَنَا ،

٤٨/٦ ط

(١٠) سقط من : ١ ، م .

(١١) سورة الأحزاب ٦ .

(١٢) في م زيادة : ه ألف .

وتقدم تخريجه في صفحة ٢٣٦ .

(١٣) في م : ه وأنها .

(١٤) سورة الممتحنة ٨ ، ٩ .

أَنَّهُ تَصِحُّ هَبْتُهُ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، كَالذَّمِّ . وَقَدْ رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَى عَمْرَ حُلَّةً مِنْ حَرِيرٍ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ كَسَوْتَنِيهَا ، وَقَدْ قُلْتُ فِي حُلَّةٍ عَطَارِدٍ مَا قُلْتُ ، فَقَالَ : « إِنِّي لَمْ أُعْطِكْهَا لِتَلْبَسَهَا » . فَكَسَاهَا عَمْرٌ أَحَا مُشْرِ كَالِه بِمَكَّةَ ^(١٥) . وَعَنْ أَسْمَاءَ بِنْتِ أَبِي بَكْرٍ ، قَالَتْ : أَتَيْتَنِي أُمِّي وَهِيَ رَاغِبَةٌ - تَعْنِي الْإِسْلَامَ - فَسَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَتَيْتَنِي أُمِّي وَهِيَ رَاغِبَةٌ ، أَفَأَصِلُهَا ؟ قَالَ : « نَعَمْ » ^(١٦) . وَهَذَانِ فِيهِمَا صِلَةُ أَهْلِ الْحَرْبِ وَبِرُّهُمْ . وَالْآيَةُ حُجَّةٌ لَنَا فِي مَنْ لَمْ يُقَاتِلْ ، فَأَمَّا الْمُقَاتِلُ فَإِنَّهُ نَهَى عَنْ تَوَلَّيْهِ لَا عَنْ بَرِّهِ وَالْوَصِيَّةُ لَهُ ، وَإِنْ اخْتَجَّ بِالْمَفْهُومِ ، فَهُوَ لَا يَرَاهُ حُجَّةً . ثُمَّ قَدْ حَصَلَ الْإِجْمَاعُ عَلَى جَوَازِ الْهَبَةِ ، وَالْوَصِيَّةُ فِي مَعْنَاهَا . فَأَمَّا الْمُرْتَدُّ ، فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، كَمَا تَصِحُّ هَبْتُهُ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا تَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مَلِكَهُ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ، وَلَا يَرِثُ ، وَلَا يُورَثُ ، فَهُوَ كَالْمَيِّتِ . وَلِأَنَّ مَلِكَهُ يَزُولُ عَنْ مَالِهِ بِرِدَّتِهِ فِي قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ وَجَمَاعَةٍ ، فَلَا يَثْبُتُ لَهُ الْمِلْكُ بِالْوَصِيَّةِ .

فصل : وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِكَافِرٍ بِمُضْهِفٍ وَلَا عَبْدٍ مُسْلِمٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ هَبْتُهُمَا لَهُ ، وَلَا يَبْعُهُمَا مِنْهُ . وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِعَبْدٍ كَافِرٍ ، فَأُسْلِمَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي ، بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ ، وَإِنْ أُسْلِمَ بَعْدَ الْمَوْتِ وَقَبْلَ الْقَبُولِ ، بَطَلَتْ ، عِنْدَ مَنْ يَرَى أَنَّ الْمَلِكَ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِالْقَبُولِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَدَيَّ الْمِلْكُ عَلَى مُسْلِمٍ ، وَمَنْ قَالَ : يَثْبُتُ الْمِلْكُ بِالْمَوْتِ قَبْلَ الْقَبُولِ . قَالَ : الْوَصِيَّةُ صَحِيحَةٌ ؛ لِأَنَّا نَتَّبِعُ أَنَّ الْمَلِكَ يَثْبُتُ بِالْمَوْتِ ، لِأَنَّهُ أُسْلِمَ بَعْدَ أَنْ مَلِكَهُ . وَيَخْتَلِمُ أَنْ لَا يَصِحَّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَأْتِي بِسَبَبٍ لَوْلَاهُ لَمْ يَثْبُتِ الْمِلْكُ ، فَمَنْعَ مِنْهُ ، كَأَيْتِدَاءِ الْمِلْكِ .

فصل : وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِمَعْصِيَةٍ وَفِعْلٍ مُحَرَّمٍ ، مُسْلِمًا كَانَ الْمُوصِي أَوْ ذِمِّيًّا ،

(١٥) تقدم تخريجه ، في : ١١٥/٤ . وبُيُضَافُ إِلَيْهِ : وَأَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ أَيْضًا ، فِي : بَابِ الْهَبَةِ لِلْجَمْعَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْجَمْعَةِ . الْمُجْتَبَى ٧٨/٣ .

(١٦) تقدم تخريجه ، في : ١١٤/٤ .

فلو وصّى ببناء كنيّسة أو بيت نارٍ ، أو عمّارتهما ، أو الإنفاق عليهما ، كان باطلاً .
وهذا قال الشافعي ، وأبو ثور . وقال أصحاب الرأي : يصح . وأجاز أبو حنيفة
الوصيّة بأرضه / ثبني كنيّسة . وخالفه صاحباه . وأجاز أصحاب الرأي أن يوصي بشيء
خمرٍ أو خنازير ، ويتصدّق بها على أهل الدّمة . وهذه وصايا باطلة ، وأفعال محرّمة ؛
لأنّها معصية ، فلم تصحّ الوصيّة بها ، كما لو وصّى بعبدٍ أو أمته للفجور . وإن وصّى
لكتب التّوراة والإنجيل ، لم تصحّ ؛ لأنّها كتبٌ منسوخة ، وفيها تبديل ، والاشتغال
بها غير جائز ، وقد غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر شيئاً مكتوباً من التّوراة^(١٧) .
وذكر القاضي أنّه لو أوصى لحصير البيع وقنّاديلها ، وما شاكل ذلك ، ولم يقصد
إعظامها بذلك ، صحّت الوصيّة ؛ لأنّ الوصيّة لأهل الدّمة ، فإنّ النّفع يعود إليهم ،
والوصيّة لهم صحيحة . والصّحيح أنّ هذا ممّا لا تصحّ الوصيّة به ؛ لأنّ ذلك إنّما هو
إعانة لهم على معصيتهم ، وتَعْظِيمٌ لِكُنَائِسِهِمْ . ويُقَلّ عن أحمد كلامٌ يدلُّ^(١٨) على
صحّة^(١٨) الوصيّة من الدّميّ بخدمة الكنيّسة . والأوّل أولى وأصحّ . وإن وصّى ببناء
بيت يسكنه المجتازون من أهل الدّمة وأهل الحرب ، صحّ ؛ لأنّ بناء مساكينهم ليس
بمعصية .

٩٧٣ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى لِأَهْلِ قَرْيَةٍ ، لَمْ يُعْطَ مِنْ فِيهَا مِنَ الْكُفَّارِ ،
إِلَّا أَنْ يَذْكُرَهُمْ)

يعني به المسلم ، إذا أوصى لأهل قريته أو لقرايته بلفظ عام ، يدخل فيه مسلمون
وكفار ، فهي للمسلمين خاصّة ، ولا شيء للكفار . وقال الشافعي : يدخل فيه
الكفار ؛ لأنّ اللفظ^(١) يتناولهم بعمومه ، ولأنّ الكافر لو أوصى لأهل قريته

(١٧) أخرجه الدارمي ، في : باب ما يتقى من تفسير حديث النبي ﷺ ... ، سنن الدارمي ١/١١٥ ، ١١٦ .

والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٣٨٧ .

(١٨ - ١٨) في م : « لصحة » .

(١) في زيادة : « عام » .

أَوْ قَرَاتِهِ ، دَخَلَ فِيهِ الْمُسْلِمُ وَالْكَافِرُ ، فَكَذَلِكَ الْمُسْلِمُ . وَلَنَا ، أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلَّذِ كَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ ^(١) . فَلَمْ يَدْخُلْ فِيهِ الْكَفَّارُ إِذَا كَانَ الْمَيِّتُ مُسْلِمًا ، وَإِذَا لَمْ يَدْخُلُوا فِي وَصِيَّةِ اللَّهِ تَعَالَى ، مَعَ عُمُومِ اللَّفْظِ ، فَكَذَلِكَ فِي وَصِيَّةِ الْمُسْلِمِ ، وَلَأنَّ ظَاهِرَ حَالِهِ أَنَّهُ لَا يُرِيدُ الْكَفَّارَ ، لِمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ مِنْ عَدَاوَةٍ الدِّينِ ، وَعَدَمِ الْوُصْلَةِ ، الْمَانِعِ / مِنَ الْمِيرَاثِ ، وَوُجُوبِ التَّفَقُّعِ عَلَى فَقِيرِهِمْ ، وَلِذَلِكَ خَرَجُوا مِنْ عُمُومِ اللَّفْظِ فِي الْأَوْلَادِ وَالْإِخْوَةِ وَالْأَزْوَاجِ ، وَسَائِرِ الْأَلْفَاظِ الْعَامَّةِ فِي الْمِيرَاثِ ، فَكَذَا هُنَا ، لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أُجْرِيَتْ مُجْرَى الْمِيرَاثِ . وَإِنْ صَرَّحَ بِهِمْ ، دَخَلُوا فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ صَرِيحَ ^(٢) الْمَقَالِ لَا يُعَارِضُ بَقَرِينَةَ الْحَالِ . وَإِنْ وَصَّى لَهُمْ وَأَهْلُ الْقَرْيَةِ كُلُّهُمْ كُفَّارًا ، أَوْ وَصَّى لِقَرَاتِهِ ، وَكُلُّهُمْ ^(٣) كُفَّارًا ، دَخَلُوا فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَخْصِيصَهُمْ ، إِذْ فِي إِخْرَاجِهِمْ رَفْعُ اللَّفْظِ بِالْكُلِّيَّةِ . وَإِنْ كَانَ فِيهَا مُسْلِمٌ وَاحِدٌ ، وَالبَاقِي كُفَّارًا ، دَخَلُوا فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ إِخْرَاجَهُمْ بِالتَّخْصِيصِ هُنَا بَعِيدٌ ، وَفِيهِ مُخَالَفَةُ الظَّاهِرِ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مُخَالَفَةُ لَفْظِ الْعُمُومِ . وَالثَّانِي ، حَمْلُ اللَّفْظِ الدَّالِّ عَلَى الْجَمْعِ عَلَى الْمَفْرَدِ ^(٤) . وَإِنْ كَانَ أَكْثَرُ أَهْلِهَا كُفَّارًا ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّهُ لِلْمُسْلِمِينَ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَّنَ حَمْلَ اللَّفْظِ عَلَيْهِمْ ، وَصَرَّفَهُ إِلَيْهِمْ ، وَالتَّخْصِيصُ يَصِحُّ وَإِنْ كَانَ بِإِخْرَاجِ الْأَكْثَرِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَدْخُلَ الْكَفَّارُ فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ التَّخْصِيصَ فِي مِثْلِ هَذَا بَعِيدٌ ، فَإِنْ تَخْصِيصُ الصُّورَةِ النَّادِرَةِ قَرِيبٌ ، وَتَخْصِيصُ الْأَكْثَرِ بَعِيدٌ يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى دَلِيلٍ قَوِيٍّ . وَالحُكْمُ فِي سَائِرِ الْأَلْفَاظِ الْعُمُومِ ، مِثْلُ أَنْ يُوصَى لِإِخْوَتِهِ ، أَوْ عُمُومَتِهِ ، أَوْ بَنِي عَمِّهِ ، أَوْ لِبَنَاتِهِ ، أَوْ لِلْمَسَاكِينِ ، كَالْحُكْمِ فِيْمَا إِذَا أَوْصَى لِأَهْلِ قَرْيَتِهِ . فَأَمَّا إِنْ أَوْصَى بِذَلِكَ كَافِرًا ، فَإِنَّ وَصِيَّتَهُ تَتَنَاوَلُ أَهْلَ دِينِهِ ؛ لِأَنَّ لَفْظَهُ يَتَنَاوَلُهُمْ ، وَقَرِينَةُ حَالِهِ إِذَا دُخِلَ فِيهَا ، فَاشْتَبَهَ وَصِيَّةَ الْمُسْلِمِ الَّتِي يَدْخُلُ فِيهَا أَهْلُ دِينِهِ . وَهَلْ يَدْخُلُ فِي وَصِيَّتِهِ

(٢) سورة النساء ١١ .

(٣) في الأصل : « تصرخ » .

(٤) في الأصل : « وجميعهم » .

(٥) في م : « المفردة » .

المُسْلِمُونَ ؟ نَظَرْنَا ، فَإِنْ وَجَدْتَ قَرِينَةً دَالَّةً عَلَى دُخُولِهِمْ ، مِثْلَ أَنْ لَا يَكُونَ فِي الْقَرِيَةِ إِلَّا مُسْلِمُونَ ، دَخَلُوا فِي الْوَصِيَّةِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا إِلَّا كَافِرٌ وَاحِدٌ ، وَسَائِرُ أَهْلِهَا مُسْلِمُونَ ، وَإِنْ انْتَفَتِ الْقَرَائِنُ ، فَفِي دُخُولِهِمْ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَدْخُلُونَ ، كَمَا لَمْ يَدْخُلِ الْكُفَّارُ فِي وَصِيَّةِ الْمُسْلِمِ . وَالثَّانِي ، يَدْخُلُونَ ؛ لِأَنَّ عُمُومَ اللَّفْظِ يَتَنَاوَلُهُمْ ، وَهُمْ أَحَقُّ بِوَصِيَّتِهِ مِنْ غَيْرِهِمْ ، فَلَا يُصَرَّفُ اللَّفْظُ عَنْ مُقْتَضَاهُ ، وَمَنْ هُوَ أَحَقُّ بِحُكْمِهِ إِلَى غَيْرِهِ . / وَإِنْ كَانَ فِي الْقَرِيَةِ كَافِرٌ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ دِينِ الْمُوصِي ، لَمْ يَدْخُلْ فِي وَصِيَّتِهِ ؛ لِأَنَّ قَرِينَةَ حَالِ الْمُوصِي تُخْرِجُهُ ، وَلَمْ يُوجَدْ فِيهِ مَا وَجَدَ فِي الْمُسْلِمِ مِنَ الْأَوَّلِيَّةِ ، فَبَقِيَ خَارِجًا بِحَالِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَخْرُجَ ، بِنَاءً عَلَى تَوْرِيثِ الْكُفَّارِ بَعْضِهِمْ مِنْ بَعْضٍ مَعَ ^(١) اخْتِلَافِ دِينِهِمْ .

و ٥٠/٦

٩٧٤ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى بِكُلِّ مَالِهِ ، وَلَا عَصَبَةَ لَهُ ، وَلَا مَوْلَى لَهُ ^(١)) ، فَجَائِزٌ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، رِوَايَةً أُخْرَى : لَا يَجُوزُ إِلَّا الثَّلَاثُ (

اختلفت الرواية عن أحمد ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي مَنْ لَمْ يَخْلُفْ مِنْ وُرَائِهِ عَصَبَةً ، وَلَا ذَا قَرْبَى ، فَرَوَى عَنْهُ أَنَّ وَصِيَّتَهُ جَائِزَةٌ بِكُلِّ مَالِهِ . ثَبَتَ هَذَا عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، وَبِهِ قَالَ عُبَيْدَةُ السَّلْمَانِيُّ ، وَمَسْرُوقٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَهْلُ الْعِرَاقِ . وَالرِّوَايَةُ الْأُخْرَى : لَا يَجُوزُ إِلَّا الثَّلَاثُ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَابْنُ شُبْرَمَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالْعَنْبَرِيُّ ؛ لِأَنَّ لَهُ مَنْ يَعْقِلُ عَنْهُ ، فَلَمْ تُنْفَذْ وَصِيَّتُهُ فِي أَكْثَرِ مِنْ ثَلَاثِهِ ، كَمَا لَوْ تَرَكَ وَارِثًا . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَنْعَ مِنَ الزِّيَادَةِ عَلَى الثَّلَاثِ إِنَّمَا كَانَ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْوَرِثَةِ بِهِ ^(٢) ، بِدَلِيلِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّكَ أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » ^(٣) . وَهَهُنَا

(٦) فِي ١ ، م : « عَلَى » .

(١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : ١ ، م .

(٣) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ فِي : ٦ / ٣٧ .

ولا وَارِثَ له يَتَعَلَّقُ حَقُّهُ^(٤) بِمَالِهِ ، فَأَشْبَهَ حَالَ الصَّحَّةِ ، وَلَأنَّهُ لم يَتَعَلَّقْ بِمَالِهِ حَقُّ وَارِثٍ ولا غَرِيمٍ ، أَشْبَهَ حَالَ الصَّحَّةِ أَوْ أَشْبَهَ الثَّلَثَ .

فصل : وإن خَلَفَ ذَا فَرَضٍ ، لَا يَرِثُ الْمَالُ كُلَّهُ ، كَبَيْتٍ ، أَوْ أُمٍّ ، لم يَكُنْ له الْوَصِيَّةُ بِأَكْثَرِ من الثَّلَثِ ؛ لِأنَّ سَعْدًا قَالَ لِلنَّبِيِّ ﷺ : لَا يَرِثُنِي إِلَّا ابْنَتِي . فَمَنَعَهُ النَّبِيُّ ﷺ من الزِّيَادَةِ عَلَى الثَّلَثِ^(٥) . وَلَأنَّهُ تَسْتَحِقُّ جَمِيعَ الْمَالِ بِالْفَرَضِ وَالرَّدِّ^(٦) ، فَأَشْبَهَتْ الْعَصَبَةَ . وَإِنْ كَانَ لَهَا زَوْجٌ ، أَوْ لِلرَّجُلِ امْرَأَةٌ ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأنَّ الْوَصِيَّةَ تُنْقِصُ حَقَّهُ ، لِأنَّهُ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ فَرَضَهُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾^(٧) . فَأَمَّا ذُووُ^(٨) الْأَرْحَامِ / ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّهُ لَا يَمْنَعُ الْوَصِيَّةُ بِجَمِيعِ الْمَالِ ؛ لِقَوْلِهِ : « وَلَا عَصَبَةٌ لَهُ وَلَا مَوْلَى لَهُ » . وَكَذَلِكَ لِأنَّ ذَا الرَّحِمِ إِرْثُهُ كَالْفَضْلَةِ وَالصَّلَةِ ، وَلِذَلِكَ لَا يُصَرَّفُ إِلَيْهِ شَيْءٌ إِلَّا عِنْدَ عَدَمِ الرَّدِّ وَالْمَوْلَى ، وَلَا^(٩) تَجِبُ تَفَقُّهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تُنْقِذَ وَصِيَّتُهُ بِأَكْثَرِ من ثُلُثِهِ ؛ لِأنَّ لَهُ وَارِثًا ، فَيَدْخُلُ فِي مَعْنَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « إِنْكَ أَنْ تَدْعَ^(١٠) وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » . وَلَأنَّهُمْ وَرَثَةٌ يَسْتَحِقُّونَ مَالَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ ، وَصِلَتُهُ لَهُمْ فِي حَيَاتِهِ ، فَأَشْبَهُوا ذَوِي الْفُرُوضِ وَالْعَصَبَاتِ ، وَتَقْدِيمُ غَيْرِهِمْ عَلَيْهِمْ لَا يَمْنَعُ مُسَاوَاتِهِمْ لَهُمْ فِي مُسَائِلَتِنَا ، كَذَوِي الْفُرُوضِ الَّذِينَ يَخْجُبُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا وَالْعَصَبَاتِ .

فصل : فَإِنْ خَلَفَ ذَا فَرَضٍ لَا يَرِثُ الْمَالُ كُلَّهُ ، وَقَالَ : أَوْصَيْتُ لِفُلَانٍ بِثُلْثِي ، عَلَى

(٤) في م : ٥ حق .

(٥) تقدم تخريجه في ٦ / ٣٧ .

(٦) سقط من : م .

(٧) سورة النساء ١١ .

(٨) في م : ٥ ذو .

(٩) سقطت الواو من : م .

(١٠) في الأصل ، ١ : ٥ ترك .

أَنَّهُ لَا يَنْقُصُ ذَا الْفَرَضِ شَيْئًا مِنْ فَرَضِهِ . أَوْ خَلَفَ امْرَأَةً ، وَقَالَ : أَوْصَيْتُ لَكَ بِمَا فَضَّلَ مِنْ الْمَالِ عَنْ فَرَضِهَا . صَحَّ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى ؛ لِأَنَّ ذَا الْفَرَضِ يَرِثُ الْمَالَ كُلَّهُ ، لَوْلَا الْوَصِيَّةُ ، فَلَا فَرْقَ فِي الْوَصِيَّةِ بَيْنَ أَنْ يَجْعَلَهَا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ أَوْ مِنَ الزَّائِدِ عَلَى الْفَرَضِ . وَأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ ، فَتَنْبِيْهُ عَلَى الْوَصِيَّةِ بِجَمِيعِ الْمَالِ ، فَإِنْ قُلْنَا : تَصِحُّ ثُمَّ . صَحَّتْ هُنَا ؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَ عَنْ فَرَضِ الزَّوْجَةِ مَالٌ لَا وَارِثَ لَهُ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ زَوْجَةً . وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَصِحُّ ثُمَّ . فَهُنَا مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّ بَيْنَ الْمَالِ جُعِلَ كَالْوَارِثِ ^(١) ، فَصَارَ كَأَنَّهُ ذُو وَرَثَةٍ يَسْتَعْرِقُونَ الْمَالَ إِذَا عَيَّنَ الْوَصِيَّةَ مِنْ نَصِيبِ الْعَصَبَةِ مِنْهُمْ ، فَعَلِيَ هَذَا يُعْطَى الْمُوصَى لَهُ الثُّلُثُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَيَسْقُطُ تَحْصِيصُهُ .

٩٧٥ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى لِعَبْدِهِ بثلث ماله ، فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ عَتَقَ ، وَمَا فَضَلَ مِنَ الثُّلُثِ بَعْدَ عَتَقِهِ ، فَهُوَ لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ ، عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةُ)

وجملة ذلك أَنَّهُ إِذَا أَوْصَى لِعَبْدِهِ بِجُزْءٍ شَائِعٍ مِنْ مَالِهِ ، كَثُلُثٍ أَوْ رُبْعٍ أَوْ سُدُسٍ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ، فَإِنْ خَرَجَ الْعَبْدُ مِنَ الْوَصِيَّةِ ، عَتَقَ ، وَاسْتَحَقَّ بِاقِيهَا ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ ، عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الْوَصِيَّةِ . وَهَذَا قَالَ الْحَسَنُ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، إِلَّا أَنَّهُمْ قَالُوا : إِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ ، سَعَى فِي قِيَمَةِ بَاقِيهِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ، إِلَّا أَنْ يُوصِيَ بِعَتَقِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَى لِمَالٍ ^(١) يَصِيرُ لِلْوَرَثَةِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ أَوْصَى لَهُ بِمُعَيَّنٍ . وَلَنَا ، أَنَّ الْجُزْءَ الشَّائِعَ يَتَنَاوَلُ نَفْسَهُ أَوْ بَعْضَهَا ^(٢) ؛ لِأَنَّهُ مِنْ جُمْلَةِ الثُّلُثِ الشَّائِعِ ، وَالْوَصِيَّةُ لَهُ بِنَفْسِهِ تَصِحُّ وَيَعْتَقُ ، وَمَا فَضَلَ يَسْتَحِقُّهُ ^(٣) ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ حُرًّا ، فَيَمْلِكُ الْوَصِيَّةَ ، فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَالَ : اعْتِقُوا عَبْدِي مِنْ ثُلَاثِي ، وَأَعْطُوهُ

٥١/٦ و

(١) في م : « كوارث » .

(١) في ١ ، م : « بمال » .

(٢) في م : « بعضه » .

(٣) في الأصل : « استحقه » .

(٤) مَا فَضَّلَ منه ، وفَارَقَ مَا إِذَا أَوْصَى بِمُعَيَّنٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَنَاوَلُ شَيْئًا مِنْهُ .

فصل : فَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِمُعَيَّنٍ مِنْ مَالِهِ ، كَتُوبٍ أَوْ دَارٍ أَوْ بِمِائَةِ ذِرْهَمٍ ، فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ، فِي قَوْلِ الْأَكْثَرِينَ . وَبِهِ يَقُولُ الثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى رَوَايَةً أُخْرَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا نَصِيحٌ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَابْنُ سِيرِينَ : إِنْ شَاءَ الْوَرَثَةُ أَجَازُوا ، وَإِنْ شَاءُوا رَدُّوا . وَلَنَا ، أَنَّ الْعَبْدَ يَصِيرُ مِلْكًا لِلْوَرَثَةِ ، فَمَا وَصَّى بِهِ لَهُ فَهُوَ لَهُمْ ، فَكَأَنَّهُ أَوْصَى لَوَرَثَتِهِ بِمَا يَرْتُونَهُ ، فَلَا فَايِدَةَ فِيهِ . وَفَارَقَ مَا إِذَا أَوْصَى لَهُ بِمُشْتَاعٍ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِرَقَبَتِهِ ، فَهُوَ تَذْيِيرٌ ، يَعْتَقُ إِنْ حَمَلَهُ الثُّلُثُ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ رَقَبَتَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَوْصَى لَهُ بِمَنْ لَا يَمْلِكُهُ عَلَى الدَّوَامِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ وَصَّى (٥) بِهِ لِأَبِيهِ (٥) ، وَلَأنَّ مَعْنَى الْوَصِيَّةِ لَهُ بِرَقَبَتِهِ عَتَقَهُ ، لِعِلْمِهِ بِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ رَقَبَتَهُ ، فَصَارَتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ كِنَايَةً عَنْ إِعْتَاقِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ . وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِبَعْضِ رَقَبَتِهِ ، فَهُوَ تَذْيِيرٌ لَذَلِكَ الْجُزْءِ ، وَهَلْ يَعْتَقُ (٦) جَمِيعَهُ إِذَا حَمَلَهُ الثُّلُثُ ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ ، ذَكَرَهُمَا الْخِرَقِيُّ فِيْمَا إِذَا ذُبِرَ بَعْضَ عَبْدِهِ وَهُوَ مَالِكٌ لِكُلِّهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : / يَسْعَى فِي قِيَمَةِ بَاقِيهِ . وَهَذَا شَيْءٌ يَأْتِي فِي بَابِ الْعِتْقِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لِمُكَاتَبَةٍ (٧) ، أَوْ مُكَاتَبٍ وَارِثَةٍ ، أَوْ مُكَاتَبٍ أَجْنَبِيٍّ ، صَحَّ ، سِوَاءِ أَوْصَى لَهُ بِجُزْءٍ شَائِعٍ أَوْ مُعَيَّنٍ ؛ لِأَنَّ وَرَثَتَهُ لَا يَسْتَحِقُّونَ الْمُكَاتَبَ ، وَلَا يَمْلِكُونَ مَالَهُ . وَإِنْ أَوْصَى لِأُمِّ وَلَدِهِ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهَا حُرَّةٌ حِينَ لُزُومِ الْوَصِيَّةِ . وَقَدْ

(٤ - ٤) فِي م : « مَا فَضَّلَ » .

(٥ - ٥) فِي م : « بِأَبِيهِ » .

(٦) فِي أ ، م : « يَعْتَقَهُ » .

(٧) فِي أ : « بِمُكَاتَبَةٍ » .

رَوَى عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ أَوْصَى لِأُمّهَاتِ أَوْلَادِهِ بِأَرْبَعَةِ آلَافٍ ^(٨) . رَوَاهُ سَعِيدٌ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخُصَّيْنِ . وَبِهِ قَالَ مَيْمُونُ بْنُ مِهْرَانَ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَيَحْيَى الْأَنْصَارِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَإِنْ وَصَّى لِمُدَبَّرِهِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ حُرًّا حِينَ تُزَوِّجُ الْوَصِيَّةَ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، كَأَمُّ الْوَلَدِ . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ هُوَ وَالْوَصِيَّةُ جَمِيعًا ، قُدِّمَ عِثْقُهُ عَلَى الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ أَنْفَعُ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَعْتَقُ بَعْضُهُ ، وَيَمْلِكُ مِنَ الْوَصِيَّةِ بِقَدَرِ مَا عَتَقَ مِنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَصَّى لِعَبْدِهِ وَصِيَّةً صَحِيحَةً ، فَيُقَدِّمُ عِثْقَهُ عَلَى مَا يَخْصُلُ لَهُ مِنَ الْمَالِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لِعَبْدِهِ الْقِنْ بِمُشَاعٍ مِنْ مَالِهِ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لِعَبْدٍ غَيْرِهِ ، صَحَّ ، وَتَكُونُ الْوَصِيَّةُ لِسَيِّدِهِ ^(٩) ، وَالْقَبُولُ فِي ذَلِكَ إِلَى الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ مُضَافًا إِلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ مَالُ وَهَبِهِ شَيْئًا ، فَإِذَا قَبِلَ ثَبَتَ لِسَيِّدِهِ ، لِأَنَّهُ مِنْ كَسْبِ عَبْدِهِ ، وَكَسْبُ الْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ ، وَلَا تَقْتَضِي فِي الْقَبُولِ إِلَى إِذْنِ السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّهُ كَسْبٌ ، فَصَحَّ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، كَالْاِخْتِطَابِ . وَهَذَا قَوْلُ أَهْلِ الْعِرَاقِ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَأَصْحَابُهُ وَجَّهَ آخَرَ ^(٩) ، أَنَّ الْقَبُولَ يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِ السَّيِّدِ ، لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ مِنَ الْعَبْدِ ، فَأَشْبَهَ بَيْعَهُ وَشِرَاءَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَحْصِيلُ مَالٍ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى إِذْنِهِ ، كَقَبُولِ الْهَبَةِ وَتَحْصِيلِ الْمُبَاحِ . وَإِنْ وَصَّى لِعَبْدٍ وَارِثَهُ ، فَهِيَ كَالْوَصِيَّةِ لَوَارِثِهِ ، يَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ كَانَ يَسِيرًا جَازًا ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ يَمْلِكُ ، وَإِنَّمَا لِسَيِّدِهِ أَخْذُهُ مِنْ يَدِهِ ، فَإِذَا وَصَّى لَهُ بِشَيْءٍ يَسِيرٍ ، عَلِمَ أَنَّهُ قَصَدَ بِذَلِكَ الْعَبْدَ / ، دُونَ سَيِّدِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا وَصِيَّةٌ لِعَبْدٍ وَارِثَهُ ، فَأَشْبَهَتْ الْوَصِيَّةَ

و ٥٢/٦

(٨) في ١، م، زيادة: «أربعة آلاف». وهي زيادة في سنن الدارمي. وأخرجه سعيد، في: وصية الصبي. السنن

١٢٨/١. كما أخرجه الدارمي، في: باب من أوصى لأمهات أولاده، من كتاب الوصايا. سنن الدارمي

٤٢٣/٢.

(٩) سقط من: م.

بالكثير ، وما ذكره ^(١٠) من ملك العبد ممنوع ، ولا اعتبار به ، فإنه مع هذا القصد يستحق سيده أخذه ، فهو كالكثير .

فصل : وإذا أوصى بعقبة أمته ، على أن لا تتزوج . ثم مات ، فقالت : لا أتزوج . عتقت . فإن تزوجت بعد ذلك ، لم تبطل عتقها . وهذا مذهب الأوزاعي ، والليث ، وأبي ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي ؛ وذلك لأن العتق إذا وقع لا يمكن رفعه . وإن أوصى لأمه ولده باللف ، على أن لا تتزوج ، أو على أن تثبت مع ولده ، ففعلت ، وأخذت الألف ، ثم تزوجت وتركته ولده ، ففيها وجهان ؛ أحدهما ، تبطل وصيتها ؛ لأنه فات الشرط ، فقالت الوصية ، وفارق العتق ، فإنه لا يمكن رفعه . والثاني ، لا تبطل وصيتها . وهو قول أصحاب الرأي ؛ لأن وصيتها صحت ، فلم تبطل بمخالفة ما شرط عليها ، كالأولى .

فصل : واختلف أصحابنا في الوصية للقاتل على ثلاثة أوجه ؛ فقال ابن حامد : تجوز الوصية له . واحتج بقول أحمد ، في من جرح رجلاً خطأ ، فعفا المجروح . فقال أحمد : يعتبر من ثلثه . قال : وهذه وصية لقاتل . وهذا قول مالك ، وأبي ثور ، وابن المنذر ، وأظهر قول الشافعي ، رضي الله عنه ؛ لأن الهبة له نصيب ، فصحت الوصية له ، كالذمي . وقال أبو بكر : لا تصيب الوصية له ؛ فإن أحمد قد نص على أن المدبر إذا قتل سيده ، بطلت تدبيره ، والتدبير وصية . وهذا قول الثوري ، وأصحاب الرأي ؛ لأن القتل يمنع الميراث الذي هو آكد من الوصية ، فالوصية أولى ، ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث ، فيمنعها ما يمنع . وقال أبو الخطاب : إن وصى له بعد جرحه ، صح ، وإن وصى له قبله ، ثم طرأ القتل على الوصية ، أبطلها ، جمعا بين نصي أحمد في الموضعين . وهو قول الحسن بن صالح . وهذا قول حسن ؛ لأن

(١٠) في م : ذكره .

الْوَصِيَّةُ بَعْدَ الْجَرْحِ صَدَرَتْ / مِنْ أَهْلِهَا فِي مَحَلِّهَا ، وَلَمْ يَطْرَأْ عَلَيْهَا مَا يُبْطِلُهَا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَقَدَّمَ ، فَإِنَّ الْقَتْلَ طَرَأَ عَلَيْهَا فَأَبْطَلَهَا ، لِأَنَّهُ يُبْطِلُ مَا هُوَ أَكْثَرُ مِنْهَا ، يُحَقِّقُهُ ^(١) أَنَّ الْقَتْلَ إِنَّمَا مَنَعَ الْمِيرَاثَ ، لِكَوْنِهِ بِالْقَتْلِ اسْتَعْجَلَ الْمِيرَاثَ الَّذِي انْعَقَدَ سَبَبُهُ ، فَعُورِضَ بِنَقِيضِ قَصْدِهِ ، وَهُوَ مَنَعُ الْمِيرَاثِ ، دَفْعًا لِمَفْسَدَةِ قَتْلِ الْمَوْرُوثَيْنِ ، وَلِذَلِكَ بَطُلَ التَّدْبِيرُ بِالْقَتْلِ الطَّارِئِ عَلَيْهِ أَيْضًا ، وَهَذَا الْمَعْنَى مُتَحَقِّقٌ فِي الْقَتْلِ الطَّارِئِ عَلَى الْوَصِيَّةِ ، فَإِنَّهُ رُبَّمَا اسْتَعْجَلَهَا بِقَتْلِهِ . وَفَارَقَ الْقَتْلَ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ بِهِ اسْتِعْجَالَ مَالٍ ، لِعَدَمِ انْعِقَادِ سَبَبِهِ ، وَالْمَوْصِي رَاضٍ بِالْوَصِيَّةِ لَهُ بَعْدَ صُدُورِ مَا صَدَرَ مِنْهُ فِي حَقِّهِ ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْعَمْدِ وَالْخَطَا فِي هَذَا ، كَمَا لَا يَفْتَرِقُ الْحَالُ بِذَلِكَ فِي الْمِيرَاثِ ، وَعَلَى هَذَا مَتَى دَبَّرَ عَبْدُهُ بَعْدَ جَرْحِهِ إِيَّاهُ ، صَحَّ تَدْبِيرُهُ .

٩٧٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ : أَحَدُ عَبْدَيْ خُرٍّ . أَقْرِعْ ^(١) بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ تَقَعَ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ ، فَهُوَ خُرٌّ ، إِذَا خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ)

وجملة ذلك أنه إذا اعتق عبداً غير معين ، فإنه يُقَرَّعُ بينهما ، فيخرجُ الحرُّ بالقرعة . وقال أبو حنيفة ، والشافعي : له تعيينُ أحدهما بغير قرعة ؛ لأنه عتق مُسْتَحَقٌّ في غير معين ، فكان التَّعْيِينُ إِلَى الْمُعْتَقِ ، كَالْعِتْقِ فِي الْكُفَّارَةِ ، وَكَأَلَوْ قَالَ لَوَرَّثْتَهُ : أَعْتَقُوا عَنِّي عَبْدًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ عِتْقٌ اسْتَحَقَّهُ وَاحِدٌ مِنْ جَمَاعَةٍ مُعَيَّنِينَ ، فَكَانَ إِخْرَاجُهُ بِالْقُرْعَةِ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُمَا فَلَمْ يَخْرُجْ مِنْ ثَلَاثَةٍ إِلَّا أَحَدُهُمَا ، وَدَلِيلُ الْحُكْمِ فِي الْأَصْلِ ، حَدِيثُ عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ ^(٢) . فَأَمَّا الْعِتْقُ فِي الْكُفَّارَةِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَسْتَحَقَّهُ أَحَدٌ ، إِنَّمَا اسْتَحَقَّ عَلَى الْمُكْفَرِ التَّكْفِيرُ . وَأَمَّا إِذَا قَالَ : أَعْتَقُوا عَنِّي عَبْدًا . فَإِنْ لَمْ يُضِفْهُ إِلَى عَبِيدِهِ ، وَلَا إِلَى جَمَاعَةٍ سِوَاهُمْ ، فَهُوَ كَالْمُعْتَقِ فِي الْكُفَّارَةِ . وَإِنْ قَالَ : أَعْتَقُوا أَحَدَ عَبِيدِي . احْتَمَلَ أَنْ نَقُولَ بِإِخْرَاجِهِ بِالْقُرْعَةِ كَمَا سَأَلْنَا ، وَاحْتَمَلَ أَنْ يُرْجَعَ فِيهِ إِلَى اخْتِيَارِ الْوَرِثَةِ . وَأَصْلُ

(١) في م : « ويحققه » .

(٢) في الأصل ، ١ : « قرع » .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٣٩٥ .

الْوَجْهَيْنِ مَالُو/ وَصَّى لِرَجُلٍ بَعْدَ مِنْ عَيْبِهِ ، هَلْ يُعْطَى أَحَدُهُم بِالْقَرْعَةِ ، أَوْ يُرْجَعُ
فيه^(٣) إِلَى اخْتِيَارِ الْوَرَثَةِ ؟ وَسَيَأْتِي الْكَلَامُ عَلَيْهَا . وَالْفَرْقُ بَيْنَ مَسْأَلَتِنَا وَبَيْنَ هَذِهِ
الْمَسْأَلَةِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، أَنَّهُ^(٤) جَعَلَ الْأَمْرَ إِلَى الْوَرَثَةِ ، حَيْثُ أَمَرَهُمُ بِالْإِعْتِقَاقِ ،
فَكَانَتِ الْخِيَرَةُ إِلَيْهِمْ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا لَمْ يَجْعَلْ لَهُمْ مِنَ الْأَمْرِ شَيْئًا ، فَلَا يَكُونُ لَهُمْ خِيَرَةٌ .

فصل : وَنَقَلَ صَالِحٌ عَنْ أَبِيهِ ، فِي مَنْ لَهُ غُلَامَانِ اسْمُهُمَا وَاحِدٌ ، فَقَالَ : فَلَانٌ حُرٌّ
بَعْدَ مَوْتِي . وَلَهُ مَائَتَانِ دِرْهَمٍ . وَلَمْ يُعَيِّنْهُ ، يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا ، فَيُعْتَقُ مَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقَرْعَةُ ،
وَلَيْسَ لَهُ مِنَ الْمَائَتَيْنِ شَيْءٌ . وَوَجْهُ ذَلِكَ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْمَائَتَيْنِ وَقَعَتْ
لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ ، وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَّا لِمُعَيَّنٍ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَجِبُ أَنْ تَصِحَّ هَذِهِ الْوَصِيَّةُ ؛
لَأَنَّهَا مُسْتَحَقُّهَا حُرٌّ فِي حَالِ اسْتِحْقَاقِهَا . وَنُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ قَالَ : أَعْتَقُوا رَقَبَةً
عَنِّي . فَلَا يُعْتَقُ عَنْهُ إِلَّا مُسْلِمٌ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُطْلَقَ مِنْ^(٥) كَلَامِ الْآدَمِيِّ يُحْمَلُ عَلَى
الْمُطْلَقِ مِنْ كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى ، وَلَمَّا أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى بِتَحْرِيرِ رَقَبَةٍ ، لَمْ يَتَنَوَّلْ إِلَّا الْمُسْلِمَ ،
فَكَذَلِكَ الْآدَمِيُّ .

٩٧٧ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا أَوْصَى أَنْ يُشْتَرَى عَبْدٌ زَيْدٌ بِخَمْسِمِائَةٍ ، فَيُعْتَقَ ،
فَلَمْ يَبْعِهِ سَيِّدُهُ ، فَالْخَمْسِمِائَةُ لِلْوَرَثَةِ . وَإِنْ اشْتَرَوْهُ بِأَقْلٍ ، فَمَا فَضْلُ فَهَوُ لِلْوَرَثَةِ)

أَمَّا إِذَا تَعَدَّرَ شِرَاؤُهُ ، إِمَّا لَامْتِنَاعِ سَيِّدِهِ مِنْ بَيْعِهِ ، أَوْ مِنْ بَيْعِهِ بِالْخَمْسِمِائَةِ ، وَإِمَّا
لِمَوْتِهِ ، أَوْ لِعَجْزِ الثَّلَاثِ عَنْ ثَمَنِهِ ، فَالْثَّمَنُ لِلْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بَطَلَتْ لِتَعَدُّرِ الْعَمَلِ بِهَا ،
فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ فَمَاتَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي ، أَوْ بَعْدَهُ وَلَمْ يَدْعُ وَارِثًا . وَلَا
يَلْزَمُهُمْ شِرَاءُ عَبْدٍ آخَرَ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِمُعَيَّنٍ ، فَلَا تُصَرَّفُ إِلَى غَيْرِهِ . وَأَمَّا إِنْ اشْتَرَوْهُ
بِأَقْلٍ ، فَالْبَاقِي لِلْوَرَثَةِ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ : يُدْفَعُ جَمِيعُ الثَّمَنِ إِلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ

(٣) سقط من : ١ ، م .

(٤) في الأصل زيادة : لو .

(٥) في م : في .

إِرْفَاقَهُ بِالثَّمَنِ^(١) وَمُحَابَاتَهُ بِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : يَبْعُوهُ عَبْدِي بِخَمْسِمِائَةٍ . وَقِيمَتُهُ أَكْثَرُ مِنْهَا ، وَكَأَلَوْ أَوْصَى أَنْ يَحُجَّ عَنْهُ فَلَانَ حَاجَةً بِخَمْسِمِائَةٍ . وَقَالَ إِسْحَاقُ : يُجْعَلُ بَقِيَّةُ الثَّمَنِ فِي الْعِتْقِ ، / كَأَلَوْ أَوْصَى أَنْ يَحُجَّ عَنْهُ بِخَمْسِمِائَةٍ ، رُدَّ مَا فَضَّلَ فِي الْحَجِّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَمَرَ بِشِرَائِهِ بِخَمْسِمِائَةٍ ، فَكَانَ مَا فَضَّلَ مِنَ الثَّمَنِ رَاجِعًا إِلَيْهِ ، كَأَلَوْ وَكَّلَ فِي شِرَائِهِ فِي حَيَاتِهِ ، وَفَارَقَ مَا إِذَا أَوْصَى أَنْ يَحُجَّ عَنْهُ رَجُلٌ بِخَمْسِمِائَةٍ ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ ثُمَّ إِرْفَاقَ الَّذِي يَحُجُّ بِالْفَضْلَةِ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا الْمَقْصُودُ الْعِتْقُ . وَيُفَارِقُ مَا إِذَا أَوْصَى أَنْ يَحُجَّ عَنْهُ بِخَمْسِمِائَةٍ لغيرِ مُعَيَّنٍ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ ثُمَّ لِلْحَجِّ مُطْلَقًا ، فَصُرِفَ جَمِيعُهَا فِيهِ ، وَهُنَا الْمُعَيَّنُ ، فَلَا تَتَعَدَّاهُ . وَقَوْلُهُ : إِنَّهُ قَصَدَ إِرْفَاقَ زَيْدٍ بِالثَّمَنِ وَمُحَابَاتَهُ بِهِ . فنَقُولُ : الصَّحِيحُ أَنَّهُ إِنْ كَانَتْ ثُمَّ قَرِينَةٌ تَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ ، إِمَّا لَكُونَ الْبَائِعِ صَدِيقًا لَهُ ، أَوْ ذَا حَاجَةٍ ، أَوْ مِنْ أَهْلِ الْفَضْلِ الَّذِينَ يُقْصِدُونَ بِهَذَا ، أَوْ عَيْنَ هَذَا الثَّمَنِ وَهُوَ يَعْلَمُ حُصُولَ الْعَبْدِ بِدُونِهِ ؛ لِإِقْلَةِ قِيمَتِهِ ، فَإِنَّهُ يُدْفَعُ جَمِيعُ الثَّمَنِ إِلَى زَيْدٍ ، كَأَلَوْ صَرَخَ بِذَلِكَ ، فَقَالَ : وَادْفَعُوا إِلَيْهِ جَمِيعَهَا ، وَإِنْ بَدَلَهُ بِدُونِهَا . وَإِنْ أُنْعِدَمَتْ هَذِهِ الْقَرَائِنُ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ إِنَّمَا قَصَدَ الْعِتْقَ ، وَقَدْ حَصَلَ ، فَكَانَ الْفَاضِلُ عَائِدًا إِلَيْهِ ، كَأَلَوْ أَمَرَهُ بِالشُّرَاءِ فِي حَيَاتِهِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى أَنْ يُشْتَرَى عَبْدٌ بِالْفِ ، فَيُعْتَقَ عَنْهُ ، فَلَمْ يَخْرُجْ مِنْ ثَلَاثِهِ ، اشْتَرَى عَبْدٌ بِمَا يَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ أَمَرَ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِالْفِ ، فَلَا يَجُوزُ لِلْمَأْمُورِ الشُّرَاءُ بِدُونِهِ ، كَالْوَكِيلِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا وَصِيَّةٌ يَجِبُ تَنْفِيدُهَا إِذَا اخْتَمَلَهَا الثَّلَاثُ ، فَإِذَا لَمْ يَحْتَمِلْهَا وَجَبَ تَنْفِيدُهَا فِي مَا حَمَلَهُ ، كَأَلَوْ وَصَّى بِعِتْقِ عَبْدٍ فَلَمْ^(٢) يَحْمِلْهُ الثَّلَاثُ ، وَفَارَقَ الْوَكَالََةَ ، فَإِنَّهُ لَوْ وَكَّلَهُ فِي إِعْتَاقِ عَبْدٍ لَمْ يَمْلِكْ إِعْتَاقَ بَعْضِهِ ، وَلَوْ أَوْصَى بِإِعْتَاقِ عَبْدٍ ، لَاغْتَقَ مِنْهُ مَا يَحْتَمِلُهُ

(١) فِي مِزْيَادَةِ : « مُحَابَاتَهُ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : « م » .

الثُلُث . فَأَمَّا إِنْ حَمَلَهُ الثُّلُثُ ، فَاشْتَرَاهُ وَأَعْتَقَهُ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى الْمَيْتِ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُ الْمَالَ ، فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ، وَيُرَدُّ الْعَبْدُ إِلَى الرَّقِّ إِنْ كَانَ اشْتَرَاهُ بَعَيْنِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّنَا تَبَيَّنَّا أَنَّ الشَّرَاءَ بَاطِلٌ بِكَوْنِهِ اشْتَرَى بِمَالٍ مُسْتَحَقٍّ لِلْعُرْمَاءِ بغيرِ إِذْنِهِمْ ، وَإِنْ كَانَ الشَّرَاءُ فِي الذِّمَّةِ ، صَحَّ الشَّرَاءُ ، وَنَفَذَ الْعَتَقُ / ، وَعَلَى الْمُشْتَرِي غَرَامَةٌ ثَمَنِهِ ، وَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ مَا غَرَهُ ، إِنَّمَا غَرَهُ الْمُوصِي ، وَلَا تَرِكَةَ لَهُ فَيَرْجِعُ عَلَيْهَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُشَارَكَ الْعُرْمَاءُ فِي التَّرِكَةِ ، وَيَضْرِبَ مَعَهُمْ بِقَدْرِ دَيْنِهِ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ لِرَمِّهِ بِتَغْيِيرِ الْمُوصِي ، فَيَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ ، فَإِذَا كَانَ مَيْتًا لِرَمِّهِ فِي تَرِكَتِهِ ، كَأَرْشِ جَنَاحَتِهِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِشِرَاءِ عَبْدٍ وَأَطْلَقَ ، أَوْ وَصَّى بِبَيْعِ عَبْدِهِ وَأَطْلَقَ ، فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا بَدْلَ لَهَا مِنْ مُسْتَحَقٍّ ، وَلَا مُسْتَحَقَّ هُنَا . وَإِنْ وَصَّى بِبَيْعِهِ بِشَرْطِ الْعَتَقِ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ، وَبِيعَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ فِي الْبَيْعِ هُنَا نَفْعًا لِلْعَبْدِ بِالْعَتَقِ . فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ مَنْ يَشْتَرِيهِ كَذَلِكَ ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِتَعَدُّرِهَا ، كَمَا لَوْ وَصَّى بِشِرَاءِ عَبْدٍ لِيُعْتَقَ ، فَلَمْ يَبِعْهُ سَيِّدُهُ . وَإِنْ وَصَّى بِبَيْعِهِ لِرَجُلٍ بِعَيْنِهِ بِمَعْلُومٍ ، يَبِيعُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ قَصَدَ إِزْفَاقَهُ بِذَلِكَ فِي الْغَالِبِ . وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ ثَمَنًا ، يَبِيعُ بِقِيمَتِهِ ، وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِكَوْنِهِ قَصْدًا لِإِصَالِ الْعَبْدِ بِعَيْنِهِ إِلَى رَجُلٍ بِعَيْنِهِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَعَلَّقَ الْعَرَضُ بِإِزْفَاقِ الْعَبْدِ بِإِصَالِهِ إِلَى مَنْ هُوَ مَعْرُوفٌ بِحُسْنِ الْمَلَكَةِ ، وَإِعْتِاقِ الرَّقَابِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ إِزْفَاقَ الْمُشْتَرِي لِمَعْنَى يَحْصُلُ لَهُ مِنَ الْعَبْدِ . فَإِنْ تَعَدَّرَ بَيْعُهُ لَذَلِكَ الرَّجُلِ ، أَوْ أَبَى أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِالثَّمَنِ ، أَوْ بِقِيمَتِهِ إِنْ لَمْ يُعَيَّنِ الثَّمَنُ ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

٩٧٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِعَبْدٍ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، وَقِيمَتُهُ مِائَةٌ ، وَلَا آخَرَ ثُلُثُ مَالِهِ ، وَمِلْكُهُ غَيْرُ الْعَبْدِ مِائَتًا دِرْهَمٍ ، فَأَجَارَ الْوَرِثَةُ ذَلِكَ ^(١) ، فَلِمَنْ أَوْصَى لَهُ بِالثُّلُثِ ثُلُثُ الْمِائَتَيْنِ وَرُبْعُ الْعَبْدِ ، وَلِمَنْ أَوْصَى لَهُ بِالْعَبْدِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ . وَإِنْ

(١) سقط من : الأصل ، ١ .

لَمْ يَجْزِ الْوَرَثَةُ ذَلِكَ ، فَلَمَنْ أَوْصَى لَهُ بِالثُلُثِ سُدُسُ الْمَائَتَيْنِ وَسُدُسُ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ وَصِيَّتَهُ فِي الْجَمِيعِ ، وَلَمَنْ أَوْصَى لَهُ بِالْعَبْدِ نِصْفَهُ ؛ لِأَنَّ وَصِيَّتَهُ ، فِي الْعَبْدِ)

ظ ٥٤/٦

وجملته أنه إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ، ولا آخر بجزء مشاع منه ، / كثلث المال ورُبعه ، فأجيز لهما ، انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ، ثم شارك صاحب المعين فيه ، فيقتسمانه بينهما على قدر حقيهما فيه ، ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية ، كمسائل العول ، وكما لو أوصى لرجل بماله ، ولا آخر بجزء منه . فأمّا في حال الرد ، فإن كانت وصيتهما لا تجاوز الثلث ، مثل أن يوصى لرجل بسُدُس ماله ، ولا آخر بمعين قيمته سُدُس المال ، فهي كحال الإجازة سواء ، إذ لا أثر للرد . وإن جاوزت^(٢) ثلثه ، ردّذنا وصيتهما إلى الثلث ، وقسمناه بينهما على قدر وصيتهما ، إلا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين ، والآخر يأخذ حقه من جميع المال . هذا^(٣) قول الخرقي ، وسائر الأصحاب . ويقوى عندي أنهما في حال الرد يقتسمان الثلث ، على حسب مالهما في الإجازة . وهذا قول ابن أبي ليلى . - وقال أبو حنيفة ، ومالك في الرد : يأخذ صاحب المعين نصيبه منه ، ويضم الآخر سيهامة إلى سيهام الورثة ، ويقتسمون الباقي على خمسة ، في مثل مسألة الخرقي ؛ لأن له السُدُس ، وللورثة أربعة أسداس . وهو مثل قول الخرقي ، إلا أن الخرقي يعطيه السُدُس من جميع المال ، وعندهما أنه يأخذ خمس المائتين وعشر العبد ، واتفقوا على أن كل واحد من الوصيين يرجع إلى نصف وصيته ؛ لأن كل واحد منهما قد أوصى له بثلث المال ، وقد رجعت الوصيتان إلى الثلث ، وهو نصف الوصيتين ، فيرجع كل واحد إلى نصف وصيته ، ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية .

(٢) في الأصل ، ١ : « جاوز » .

(٣) في ١ ، م : زيادة « هو » .

وفي قول الخِرَقِي رحمه الله عليه : يَأْخُذُ^(٤) كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ وَصِيَّتِهِ مِنَ الْمَحَلِّ
الَّذِي وَصَّى لَهُ مِنْهُ ، وَصَاحِبُ الثُّلُثِ يَأْخُذُ سُدُسَ الْجَمِيعِ^(٥) ؛ لِأَنَّهُ وَصَّى لَهُ بِثُلْثِ
الْجَمِيعِ . وَأَمَّا عَلَى قَوْلِنَا ، فَإِنَّ وَصِيَّةَ صَاحِبِ الْعَبْدِ دُونَ وَصِيَّةِ صَاحِبِ الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّهُ
وَصَّى لَهُ بِشَيْءٍ أَشْرَكَ مَعَهُ غَيْرَهُ فِيهِ كُلَّهُ ، وَصَاحِبُ الثُّلُثِ أَفْرَدَهُ بِشَيْءٍ لَمْ يُشَارِكْهُ فِيهِ
غَيْرُهُ ، فَوَجَبَ أَنْ يُقْسَمَ بَيْنَهُمَا الثُّلُثُ حَالَةَ الرَّدِّ عَلَى حَسَبِ مَا لِهَذَا فِي حَالِ الْإِجَازَةِ ،
كَمَا فِي سَائِرِ الْوَصَايَا ، فَفِي^(٦) «مَسْأَلَةِ الْخِرَقِي»^(٥) هَذِهِ^(٦) ، لِصَاحِبِ الثُّلُثِ ثُلُثُ الْمَائَتَيْنِ
سِتَّةً وَسِتُّونَ وَثَلَاثِينَ ، لَا يُزَاجِمُهُ الْآخَرُ فِيهَا ، وَيَشْتَرِكَانِ فِي الْعَبْدِ ، لِهَذَا ثَلَاثُهُ ، وَلِلْآخَرِ
جَمِيعُهُ ، فَأَبْسَطُهُ^(٧) مِنْ جِنْسِ الْكَسْرِ ، وَهُوَ الثُّلُثُ ، يَصِيرُ الْعَبْدُ ثَلَاثَةً ، وَاضْمُمُ
إِلَيْهَا الثُّلُثَ الَّذِي لِلْآخَرِ ، يَصِيرُ أَرْبَعَةً ، ثُمَّ^(٨) اقْسِمِ الْعَبْدَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُمٍ ، يَصِيرُ
الثُّلُثُ رُبْعًا ، كَمَا فِي مَسَائِلِ الْعَوْلِ . وَفِي حَالِ الرَّدِّ تُرَدُّ وَصِيَّتُهُمَا إِلَى ثُلْثِ الْمَالِ ، وَهُوَ
نِصْفُ وَصِيَّتِهِمَا ، فَيَرْجِعُ كُلُّ وَاحِدٍ إِلَى نِصْفِ وَصِيَّتِهِ ، فَيَرْجِعُ صَاحِبُ الثُّلُثِ إِلَى
سُدُسِ الْجَمِيعِ ، وَيَرْجِعُ صَاحِبُ الْعَبْدِ إِلَى نِصْفِهِ . وَفِي قَوْلِنَا يُضْرَبُ مَخْرَجُ الثُّلُثِ
فِي مَخْرَجِ الرُّبْعِ ، يَكُنْ اثْنَا عَشَرَ ، ثُمَّ فِي ثَلَاثَةِ تَكُنْ سِتَّةً وَثَلَاثِينَ ، فَلِصَاحِبِ الثُّلُثِ
ثُلُثُ الْمَائَتَيْنِ ، وَهُوَ ثَمَانِيَةٌ^(٩) مِنْ أَرْبَعِينَ^(٩) ، وَرُبْعُ الْعَبْدِ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَشْهُمٍ ، صَارَ لَهُ
أَحَدُ عَشَرَ ، وَلِصَاحِبِ الْعَبْدِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ ، وَذَلِكَ تِسْعَةُ أَشْهُمٍ ، فَيُضْمُّهَا إِلَى سَهْمِ
صَاحِبِ الثُّلُثِ ، صَارَ الْجَمِيعُ عِشْرِينَ سَهْمًا ، فَفِي حَالِ الرَّدِّ تَجْعَلُ الثُّلُثَ عِشْرِينَ
سَهْمًا^(٦) ، وَالْمَالُ كُلُّهُ سِتُّونَ ، فَلِصَاحِبِ الْعَبْدِ تِسْعَةُ مِنَ الْعَبْدِ ، وَهُوَ رُبْعُهُ وَخُمْسُهُ ،
وَلِصَاحِبِ الثُّلُثِ ثَمَانِيَةٌ مِنَ الْأَرْبَعِينَ ، وَهِيَ خُمْسُهَا ، وَثَلَاثَةٌ مِنَ الْعَبْدِ ،

(٤ - ٤) هذا مضروب عليه في : الأصل ، ١ . ومكتوب بدله بقلم مغاير : « سدس جميع المال » .

(٥ - ٥) في م : « مسألتي » .

(٦) سقط من : ١ .

(٧) في الأصل ، ب : « فأسقطه » .

(٨) سقط من : الأصل .

(٩ - ٩) سقط من : الأصل ، ١ .

وذلك عشره ونصف عشره . وإن كانت وصية صاحب المشاع بالتصنيف ، فله في حال الإجازة مائة وثلاث العبد ، ولصاحب العبد ثلثاه ، وفي الرد لصاحب المشاع خمس المائتين وخمس العبد ، ولصاحب العبد خمساه . وعلى الوجه الآخر ، لصاحب المشاع ربع المائتين وسدس العبد ، ولصاحب العبد ثلثه . وطريقها أن تنسب الثلث إلى ما حصل لهما في الإجازة ، ثم تُعطى كل واحد مما حصل له في الإجازة مثل تلك النسبة . وعلى الوجه الأول تنسب الثلث إلى وصيتهما ، ثم تُعطى كل واحد في الرد مثل الخارج بالنسبة ، ويأنه في هذه المسألة ، أن نسبة الثلث إلى وصيتهما بالخمسين ؛ لأن النصف والثلث خمسة من ستة ، فالثلث / خمساه ، فلصاحب العبد خمس العبد ؛ لأنه وصيته ، ولصاحب النصف الخمس ؛ لأنه خمس وصيته . وعلى الوجه الآخر ، قد حصل لهما في الإجازة الثلثان ، ونسبة الثلث إليهما بالنصف ، فلكل واحد منهما ما حصل له في الإجازة نصفه ، وقد كان لصاحب المشاع من المائتين نصفها ، فله ربعها ، وكان له من العبد ثلثه ، فصار له سدسه ، وكان لصاحب العبد ثلثاه ، فصار له ثلثه . وإن كانت المسألة بحالها ، وملكه غير العبد ثلاثمائة ، ففي الإجازة لصاحب المشاع مائة وخمسون وثلث العبد ، ولصاحب العبد ثلثاه . وفي الرد ، لصاحب المشاع تسعاً المائتين كله ، ولصاحب العبد أربعة وتسعين ، على الوجه الأول . وعلى الوجه الثاني ، لصاحب العبد ربعه^(١٠) وسدسه ، وللآخر ثمنه ونصف سدسه^(١١) ، ومن المائتين ثمانون ، وهي ربعها وسدس عشرها . وإن وصي لرجل بجميع ماله ، ولاخر بالعبد ، ففي الإجازة لصاحب العبد نصفه ، والباقي كله للآخر . وفي الرد يُقسم الثلث بينهما على خمسة ، لصاحب العبد خمسة ، وهو ربع العبد وسدس عشره ، وللآخر أربعة أخماسه ، فله من العبد مثل ما حصل لصاحبه ،

٥٥/٦ ظ

(١٠) في م : « أربعة » .

(١١) في حاشية م : « صوابه ثلثه وخمس تسعه وللآخر تسعه وثلث خمسة » .

ومن كل مائة مثل ذلك ، وهو ثمانون ديناراً . ولو خلف عبداً قيمته مائة ومائتين ، ووصى لرجل بمائة وبالعبد كله ، ووصى بالعبد لآخر ، ففي حال الإجازة يقسم العبد بينهما نصفين ، وينفرد صاحب الثلث بثلث الباقي ^(١٢) . وفي الرد ، للموصى له بالعبد ثلثه ، وللآخر ثلثه وثلث المائة . وعلى الوجه الآخر ، لصاحب العبد رُبْعُهُ ، وللآخر رُبْعُهُ ونصف المائة ، يرجع كل واحد منهما إلى نصف وصيته . فإن لم ترد الوصيتان على الثلث ، كرجل خلف خمسمائة وعبداً قيمته مائة ، ووصى لرجل بسدس ماله ، ولآخر بالعبد ، فلا أثر للرد ههنا ، ويأخذ صاحب المشاع سدس المال وسبع العبد ، والآخر ستة أسباعه . وإن وصى لصاحب المشاع بخمس المال ، فله مائة وسدس العبد ، ولصاحب العبد خمسة أسداسه . ولا أثر للرد أيضاً ؛ لأن الوصيتين لم يخرج بهما من المال أكثر من ثلثه .

٥٦/٦ ط

٩٧٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى لِقَرَاتِهِ ، فَهُوَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنثَى بِالسُّوْيَةِ ، وَلَا يُجَاوِزُ بِهَا ^(١) أَرْبَعَةُ آبَاءٍ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يُجَاوِزْ بَنِي هَاشِمٍ بِسَنَمٍ ذِي الْقُرْبَى)

وجملته أن الرجل إذا أوصى لقراتيه ، أو لقرابة فلان ، كانت الوصية لأولاده ، ولأولاد ^(٢) أبيه ، وأولاد جدّه ، وأولاد جد أبيه ، ويستوى فيه ^(٣) الذكور والأُنثى ، ولا يعطى من هو أبعد منهم شيئاً ، فلو وصى لقرابة النبي ﷺ ، أعطى أولاده وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ، ولم يعط بنى عبد شمس ولا بنى نوفل شيئاً ؛ لأن الله تعالى لما قال : ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى ﴾ ^(٤) . يعنى قرباء النبي ﷺ ، أعطى النبي ﷺ هؤلاء الذين ذكرناهم ، ولم يعط من هو أبعد منهم ، كبنى عبد شمس ونوفل شيئاً ، إلا أنه أعطى بنى المطلب ،

(١٢) في حاشية م : « صوابه بنصف الباقي » .

(١) في الأصل : « به » .

(٢) في ١ ، م : « وأولاد » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سورة الحشر ٧ .

وَعَلَّلَ عَطِيَّتَهُمْ بِأَنَّهُمْ « لَمْ يُفَارِقُوا ابْنِي هَاشِمٍ ، فِي جَاهِلِيَّةٍ وَلَا إِسْلَامٍ » ^(٥) . وَلَمْ يُعْطَ قَرَابَةُ أُمِّهِ ، وَهَم بَنُو زُهْرَةَ شَيْئًا ، وَلَمْ يُعْطَ مِنْهُمْ ^(٦) إِلَّا مُسْلِمًا ، فَحُمِلَ مُطْلَقَ كَلَامِ الْمُوصِي عَلَى مَا حُمِلَ عَلَيْهِ الْمُطْلَقُ مِنْ كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى ، وَفُسِّرَ بِمَا فُسِّرَ بِهِ . وَيُسَوَّى بَيْنَ قَرَبِيهِمْ وَبَعِيدِهِمْ ، وَذَكَرَهُمْ وَأُنْثَاهُمْ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَهُمْ سَوَاءً ، وَيَدْخُلُ فِي الْوَصِيَّةِ الْكَبِيرُ وَالصَّغِيرُ ، وَالْعَنَى وَالْفَقِيرُ ، وَلَا يَدْخُلُ الْكُفَّارُ ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَدْخُلُوا فِي الْمُسْتَحَقِّ مِنْ قُرْبَى النَّبِيِّ ﷺ . وَقَدْ ثَقَلَ عَبْدُ اللَّهِ ، وَصَالِحٌ ، عَنْ أُبَيِّهِمَا رِوَايَةَ أُخْرَى ، أَنَّهُ يُصَرِّفُ إِلَى قَرَابَةِ أُمِّهِ ، إِنْ كَانَ يَصِلُهُمْ فِي حَيَاتِهِ ، كَأُخْوَالِهِ ، وَخَالَاتِهِ ، وَإِخْوَتِهِ ^(٧) مِنْ أُمِّهِ ، وَإِنْ كَانَ لَا يَصِلُهُمْ ، لَمْ يُعْطُوا شَيْئًا ؛ لِأَنَّ عَطِيَّتَهُ لَهُمْ فِي حَيَاتِهِ قَرِينَةٌ دَالَّةٌ عَلَى صِلَتِهِ لَهُمْ بَعْدَ مَمَاتِهِ ، وَإِلَّا فَلَا . وَعَنْهُ رِوَايَةُ أُخْرَى ، أَنَّهُ يُجَاوِزُ بِهَا أَرْبَعَةَ آبَاءٍ . ذَكَرَهَا ابْنُ أَبِي مُوسَى ، فِي « الْإِرْشَادِ » . وَهَذِهِ / الرِّوَايَةُ تُدَلُّ عَلَى أَنَّ لَفْظَهُ لَا يَتَّقِيْدُ بِالْقَيْدِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ ، فَعَلَى هَذَا يُعْطَى كُلُّ مَنْ يُعْرِفُ بِقَرَابَتِهِ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ ، الَّذِينَ يُنْسَبُونَ إِلَى الْأَبِ الْأَدْنَى الَّذِي يُنْسَبُ إِلَيْهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمْ قَرَابَةُ ، فَيَتَنَاوَلُهُمُ الْاسْمُ ، وَيَدْخُلُونَ فِي عُمُومِهِ . وَإِعْطَاءُ النَّبِيِّ ﷺ لِبَعْضِ قَرَابَتِهِ ، تَخْصِيصٌ لَا يَمْنَعُ مِنَ الْعَمَلِ بِالْعُمُومِ ^(٨) فِي غَيْرِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ . قَالَ ^(٩) أَبُو حَنِيفَةَ : قَرَابَتُهُ كُلُّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، فَيُعْطَى مِنْ أَذْنَاهُمْ اثْنَانِ فَصَاعِدًا ، فَإِذَا كَانَ لَهُ عَمَّانِ وَخَالَانِ ، فَالْوَصِيَّةُ لِعَمِّهِ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَخَالَانِ ، فَلِعَمِّهِ النَّصْفُ وَلِخَالَيهِ النَّصْفُ . وَقَالَ قَتَادَةُ : لِلْأَعْمَامِ الثُّلَاثَانِ ، وَلِلْأُخْوَالِ الثُّلُثُ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، قَالَ : وَيُزَادُ الْأَقْرَبُ بَعْضَ الزِّيَادَةِ . وَقَالَ مَالِكٌ : يُقَسَّمُ عَلَى الْأَقْرَبِ فَلَا أَقْرَبَ ، بِالْاجْتِهَادِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا الْاسْمَ لَهُ

٥٦/٦ ظ

(٥) تقدم تخريجه في : ١١١/٤ .

(٦) في الأصل : « منه » .

(٧) في ١ ، م : « وأخواته » .

(٨ - ٨) في م : « العموم » .

(٩) في ١ ، م : « وقد قال » .

عُرِفَ في الشرع ، وهو ما ذَكَرْنَاهُ ، فَيَجِبُ حَمْلُهُ عَلَيْهِ ، وَتَقْدِيمُهُ عَلَى الْعُرْفِ
 اللَّغَوِيِّ ، كَالْوُضُوءِ وَالصَّلَاةِ وَالصَّوْمِ وَالْحَجِّ ، وَلَا وَجْهَ لِتَخْصِيصِهِ بِذِي الرَّحْمِ
 الْمَحْرَمِ ، فَإِنَّ اسْمَ الْقَرَابَةِ يَقَعُ عَلَى غَيْرِهِمْ عُرْفًا وَشَرْعًا ، وَقَدْ تَحَرَّمُ عَلَى الرَّجُلِ رَبِيبَتُهُ ،
 وَأُمَّهَاتُ نِسَائِهِ ، وَحَلَائِلُ آبَائِهِ وَأَبْنَائِهِ ، وَلَا قَرَابَةَ لَهُمْ ، وَتَحِلُّ لَهُ ابْنَةُ عَمِّهِ ، وَعَمَّتُهُ ،
 وَابْنَةُ خَالَهِ وَخَالَتُهُ ، وَهُنَّ مِنْ أَقَارِبِهِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ ^(١٠) مِنَ التَّفْصِيلِ لَا يَقْتَضِيهِ اللَّفْظُ ،
 وَلَا يَدُلُّ عَلَيْهِ دَلِيلٌ ، فَالْمَصِيرُ إِلَيْهِ تَحَكُّمٌ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ فِي لَفْظِهِ مَا يَدُلُّ عَلَى إِرَادَةِ قَرَابَةِ
 أُمِّهِ ، كَقَوْلِهِ : وَتُقَضَّلُ قَرَاتِي مِنْ جِهَةِ أَبِي عَلَى قَرَاتِي مِنْ جِهَةِ أُمِّي . أَوْ قَوْلِهِ : إِلَّا
 ابْنُ خَالَتِي فَلَانًا . أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ ، أَوْ قَرِينَةً تُخْرِجُ بَعْضَهُمْ ، عُمِلَ بِمَا ذَلَّتْ عَلَيْهِ الْقَرِينَةُ ؛
 لِأَنَّهَا تَصَرَّفُ اللَّفْظُ عَنْ ظَاهِرِهِ إِلَى غَيْرِهِ .

فصل : فَإِنْ وَصَّى لِأَقْرَبِ أَقَارِبِهِ ، أَوْ أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ ، أَوْ أَقْرَبِهِمْ بِهِ رَحِمًا ، لَمْ
 يُدْفَعْ إِلَى الْأَبْعَدِ مَعَ وُجُودِ الْأَقْرَبِ ، فَيُقَدَّمُ الْأَبُّ عَلَى كُلِّ مَنْ أَدْلَى بِهِ مِنَ الْأَجْدَادِ
 وَالْإِخْوَةِ وَالْأَعْمَامِ ، وَالْإِبْنُ مُقَدَّمٌ عَلَيْهِمْ وَعَلَى كُلِّ مَنْ أَدْلَى بِهِ . وَيَسْتَوِي الْأَبُّ
 وَالْإِبْنُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدْلِي بِنَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ وَاسِطَةٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَدَّمَ الْإِبْنُ ؛
 لِأَنَّهُ يُسْقِطُ تَعْصِيْبَ الْأَبِّ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُهُ ^(١١) تَعْصِيْبِهِ لَا يَمْنَعُ مُسَاوَاتِهِ
 فِي الْقُرْبِ ، ^(١٢) وَلَا كَوْنُهُ أَقْرَبَ مِنْهُ ، بِدَلِيلِ أَنَّ ابْنَ الْإِبْنِ يُسْقِطُ تَعْصِيْبَهُ مَعَ بُعْدِهِ ،
 وَيُقَدَّمُ الْإِبْنُ عَلَى الْجَدِّ ، وَالْأَبُّ عَلَى ابْنِ الْإِبْنِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ :
 يُقَدَّمُ ابْنُ الْإِبْنِ عَلَى الْأَبِّ ، ^(١٣) فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ^(١٤) ؛ لِأَنَّهُ يُسْقِطُ تَعْصِيْبَهُ . وَلَنَا ، أَنَّ
 الْأَبَّ يَدْلِي بِنَفْسِهِ ، وَيَلِي ابْنَهُ مِنْ غَيْرِ حَاجِزٍ ، وَلَا يُسْقِطُ مِيرَاثُهُ بِحَالٍ ، بِخِلَافِ ابْنِ
 الْإِبْنِ . وَالْأَبُّ وَالْأُمُّ سَوَاءٌ ، وَكَذَلِكَ الْإِبْنُ ، وَالْبِنْتُ ، وَالْجَدُّ أَبُو الْأَبِّ ، وَأَبُو الْأُمِّ ،

(١٠) فِي أ ، م : « ذَكَرَهُ » .

(١١) فِي أ ، ب ، م : « إِسْقَاطُ » .

(١٢ - ١٣) فِي الْأَصْلِ : « وَلِأَنَّ أَبَوْتَهُ » .

(١٣ - ١٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

وَأُمُّ الْأَبِ ، وَأُمُّ الْأُمِّ ، كُلُّهُم سَوَاءٌ ، ثُمَّ مِنْ بَعْدِ الْأَوْلَادِ أَوْلَادُ الْبَنِينَ وَإِنْ سَقَلُوا ، الْأَقْرَبُ
فَالْأَقْرَبُ ، الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ ، وَفِي أَوْلَادِ الْبَنَاتِ وَجْهَانِ ، بِنَاءٌ عَلَى دُخُولِهِمْ فِي
الْوَقْفِ ، ثُمَّ مِنْ بَعْدِ الْوَلَدِ الْأَجْدَادُ ، الْأَقْرَبُ مِنْهُمْ فَالْأَقْرَبُ ؛ لِأَنَّهُمْ الْعَمُودُ الثَّانِي ،
ثُمَّ الْإِخْوَةُ وَالْأَخَوَاتُ ؛ لِأَنَّهُمْ وَلَدُ الْأَبِ ، أَوْ مِنْ وَلَدِ الْأُمِّ ، ثُمَّ وَلَدُهُمْ وَإِنْ سَقَلُوا ،
وَلَا شَيْءَ لَوْلَدِ الْأَخَوَاتِ ، إِذَا قُلْنَا : لَا يَدْخُلُ وَلَدُ الْبَنَاتِ . وَإِذَا تَسَاوَتْ دَرَجَتُهُمْ
فَأَوْلَاهُمْ ^(١٤) وَلَدُ الْأَبَوَيْنِ ، وَيُسَوَّى بَيْنَ وَلَدِ الْأَبِ وَوَلَدِ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّهُمَا عَلَى دَرَجَةٍ
وَاحِدَةٍ وَكَذَلِكَ وَلَدَاهُمَا . وَالْأَخُ لِلْأَبِ أَوْلَى مِنْ ابْنِ الْأَخِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، كَمَا فِي
الْمِيرَاثِ ، ثُمَّ بَعْدَهُم الْأَعْمَامُ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ وَإِنْ سَقَلُوا . وَيَسْتَوِي الْعَمُّ مِنَ الْأَبِ وَالْعَمُّ
مِنَ الْأُمِّ ، وَكَذَلِكَ أَبْنَاؤُهُمَا ، ^(١٥) ثُمَّ عَلَى ^(١٥) هَذَا التَّرْتِيبِ ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهَذَا
مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، لِأَنَّهُ يَرَى دُخُولَ وَلَدِ الْبَنَاتِ وَالْأَخَوَاتِ وَالْأَخْوَالَ
وَالْخَالَاتِ ، وَهَذَا الْقَوْلُ إِنَّمَا يُخَرِّجُ فِي مَذْهَبِ أَحْمَدَ عَلَى الرَّوَايَةِ الثَّالِثَةِ ، الَّتِي تَجْعَلُ
الْقَرَابَةَ فِيهَا كُلٌّ مِنْ يَقَعُ عَلَيْهِمْ اسْمُ الْقَرَابَةِ ، فَأَمَّا عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي اخْتَارَهَا الْخَزَقِيُّ ، وَأَنَّ
الْقَرَابَةَ اسْمٌ لِمَنْ كَانَ مِنْ أَوْلَادِ الْآبَاءِ ، فَلَا يَدْخُلُ فِيهِ بَنُو ^(١٦) الْأُمِّ ، وَلَا أَقَارِبُهَا ؛ لِأَنَّ مَنْ
لَمْ يَكُنْ مِنَ الْقَرَابَةِ ، لَمْ يَكُنْ أَقْرَبَ الْقَرَابَةِ ، فَعَلِيَ هَذَا تَتَنَاوَلُ الْوَصِيَّةُ مَنْ كَانَ أَقْرَبَ /
مِنْ أَوْلَادِ الْمُوصِي ، وَأَوْلَادِ آبَائِهِ ، إِلَى أَرْبَعَةِ آبَاءٍ ، وَلَا يَعْدُوهُمْ ذَلِكَ . وَإِنْ وَصَّى لِمَجْمَاعَةٍ
مِنْ أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ ، أُعْطِيَ لِثَلَاثَةٍ مِنْ أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ ^(١٧) . وَإِنْ وُجِدَ أَكْثَرُ مِنْ ثَلَاثَةٍ
فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ ، كَالْإِخْوَةِ ، فَالْوَصِيَّةُ لِمَجْمِيعِهِمْ ؛ لِأَنَّ بَعْضَهُمْ لَيْسَ بِأَوْلَى مِنْ بَعْضٍ ،
وَالِاسْمُ يَشْمَلُهُمْ . وَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ ثَلَاثَةٌ فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ ، كُمِلَتْ مِنَ الثَّانِيَةِ . وَإِنْ كَانَتْ
فِي الدَّرَجَةِ الثَّانِيَةِ جَمَاعَةٌ ، سَوَّى ^(١٨) بَيْنَهُمْ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الدَّرَجَةِ الْأُولَى . وَإِنْ لَمْ

٥٧/٦ ظ

(١٤) فِي ١ : « فَأَوْلَاهُمْ » .

(١٥ - ١٥) فِي م : « وَعَلَى » .

(١٦) فِي ١ : « وَلَدِ » . وَسَقَطَ مِنْ م : .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ .

(١٨) فِي ١ : « تَسَوَّى » .

يُكْمَلُ مِنَ الثَّانِيَةِ ، فَمِنَ الثَّالِثَةِ ، فَإِذَا وُجِدَ ابْنٌ وَأَخٌ وَعَمٌّ ، فَالْوَصِيَّةُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ ابْنٌ وَأَخَوَانِ ، وَإِنْ كَانَ ابْنٌ وَثَلَاثَةُ إِخْوَةٍ ، دَخَلَ جَمِيعُهُمْ فِي الْوَصِيَّةِ ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ لِلْإِبْنِ ثُلُثُ الْوَصِيَّةِ وَلَهُمْ ثُلُثَاهَا . فَإِنْ كَانَ الْإِبْنُ وَارِثًا ، سَقَطَ حَقُّهُ مِنَ الْوَصِيَّةِ إِنْ لَمْ يُجْزَلْهُ ، وَالْبَاقِي لِلْإِخْوَةِ . وَإِنْ وَصَّى لِعَصَبَتِهِ ، فَهُوَ لَمْ يَرُثْهُ بِالتَّعْصِيبِ فِي الْجُمْلَةِ ، سَوَاءً كَانُوا مَمَّنْ يَرِثُ فِي الْحَالِ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ^(١) . وَيُسَوَّى بَيْنَ قَرَبِيهِمْ وَبَعِيدِهِمْ ؛ لِشُمُولِ اللَّفْظِ لَهُمْ . وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُمْ لَا يَكُونُونَ مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ بِحَالٍ .

٩٨٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ قَالَ : لِأَهْلِ بَيْتِي . أُعْطِيَ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ)

يعني تُعْطَى أُمُّهُ وَأَقَارِبُهَا ، الْأَخْوَالُ ، وَالْخَالَاتُ ، وَأَبَاءُ أُمِّهِ ، وَأَوَّلَادُهُمْ ، وَكُلُّ مَنْ يُعْرِفُ بِقَرَابَتِهِ . وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِيمَا وَقَفْنَا عَلَيْهِ ، التَّسْوِيَةُ بَيْنَ هَذَا اللَّفْظِ وَلَفْظِ الْقَرَابَةِ ، فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ : إِذَا أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ لِأَهْلِ بَيْتِهِ ، هُوَ بِمَثَابَةِ قَوْلِهِ لِقَرَابَتِي . وَحَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ ، عَنْ أَحْمَدَ . وَقَالَ أَحْمَدُ : قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَا تَحُلْ الصَّدَقَةَ لِي وَلَا لِأَهْلِ بَيْتِي »^(١) . فَجَعَلَ سَهْمَ ذَوِي^(٢) الْقُرْبَى لَهُمْ عَوَضًا عَنْ^(٣) الصَّدَقَةِ الَّتِي حُرِّمَتْ عَلَيْهِمْ ، فَكَانَ ذَوُو الْقُرْبَى الَّذِينَ سَمَّاهُمْ اللَّهُ تَعَالَى هُمْ أَهْلُ بَيْتِهِ الَّذِينَ حُرِّمَتْ عَلَيْهِمُ الصَّدَقَةُ . وَذَكَرَ حَدِيثَ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « أَذْكُرْكُمْ اللَّهُ فِي أَهْلِ بَيْتِي » . قَالَ قُلْنَا : مَنْ أَهْلُ بَيْتِهِ ، نِسَاؤُهُ ؟ قَالَ : لَا ، أَصْلُهُ وَعَشِيرَتُهُ الَّذِينَ حُرِّمَتْ / عَلَيْهِمُ الصَّدَقَةُ بَعْدَهُ^(٤) ؛ آلُ عَلِيٍّ ، وَآلُ عَقِيلٍ ، وَآلُ جَعْفَرٍ ، وَآلُ الْعَبَّاسِ^(٥) . وَقَالَ الْقَاضِي : قَالَ ثَعْلَبٌ : أَهْلُ الْبَيْتِ عِنْدَ الْعَرَبِ آبَاءُ

(١٩) في ١ : يَرِثُ .

(١) تقدم تخريجه في : ١٠٩/٤ .

(٢) في م : ذِي .

(٣) في الأصل ، ١ : مِنْ .

(٤) سقط من : م .

(٥) أخرجه الدارمي ، في : باب فضل من قرأ القرآن ، من كتاب فضائل القرآن . سنن الدارمي ٤٣٢/٢ مختصرًا .

والإمام أحمد ، في : المسند ٣٦٧/٤ .

الرَّجُلِ وَأَوْلَادُهُمْ ، كَالْأَجْدَادِ وَالْأَعْمَامِ وَأَوْلَادِهِمْ ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ .
وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ أَوْلَادَ الرَّجُلِ لَا يَدْخُلُونَ فِي اسْمِ الْقَرَابَةِ ، وَلَا أَهْلُ بَيْتِهِ . وَلَيْسَ هَذَا
بشَيْءٍ ، فَإِنَّ وَلَدَ النَّبِيِّ ﷺ مِنْ أَهْلِ بَيْتِهِ وَأَقَارِبِهِ الَّذِينَ حُرِّمُوا الصَّدَقَةُ ، وَأُعْطُوا مِنْ
سَهْمِ ذِي الْقُرْبَى ، وَهُمْ مِنْ أَقْرَبِ أَقَارِبِهِ ، فَكَيْفَ لَا يَكُونُونَ مِنْ أَقَارِبِهِ ، وَقَدْ قَالَ
النَّبِيُّ ﷺ لِفَاطِمَةَ وَلَوْلَدِهَا وَزَوْجِهَا : « اللَّهُمَّ هَؤُلَاءِ أَهْلُ بَيْتِي ، فَأَذْهَبْ عَنْهُمْ
الرَّجْسَ وَطَهِّرْهُمْ تَطْهِيرًا » (٦) ؟ وَلَوْ وَقَفَ عَلَى أَقَارِبِ رَجُلٍ ، أَوْ أَوْصَى لِأَقَارِبِهِ ،
دَخَلَ فِيهِ وَلَدُهُ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ عَلِمْتُهُ . وَالْخِرْقِيُّ قَدْ (٧) عَدَّهُمْ فِي الْقَرَابَةِ بِقَوْلِهِ : « لَا
يُجَاوِزُهَا أَرْبَعَةُ آبَاءٍ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يُجَاوِزْ بَنِي هَاشِمٍ بِسَهْمِ ذِي الْقُرْبَى » . فَجَعَلَ
هَاشِمًا الْأَبَ الرَّابِعَ ، وَلَا يَكُونُ رَابِعًا إِلَّا أَنْ يَعُدَّ النَّبِيُّ ﷺ أَبَا ؛ لِأَنَّ هَاشِمًا إِنَّمَا هُوَ
رَابِعُ النَّبِيِّ ﷺ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِآلِهِ ، فَهُوَ مِثْلُ قَرَابَتِهِ ، فَإِنَّ فِي بَعْضِ أَلْفَاظِ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ : مِنْ
أَلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ؟ قَالَ : أَصْلُهُ ، وَعَشِيرَتُهُ الَّذِينَ حُرِّمُوا الصَّدَقَةُ بَعْدَهُ ؛ أَلِ عَلِيٍّ ،
وَأَلِ الْعَبَّاسِ ، وَأَلِ جَعْفَرٍ ، وَأَلِ عَقِيلٍ . وَالْأَصْلُ فِي آلِ أَهْلٍ ، فَقُلِبَتِ الْهَاءُ هَمْزَةً ،
كَأَقَالُوا : هَرَفَتِ الْمَاءُ وَأَرْقَتْهُ . وَمُدَّتْ لَثَلًا تَجْتَمِعُ هَمْزَتَانِ . وَإِنْ وَصَّى لِعِثْرَتِهِ ، فَقَدْ
تَوَقَّفَ أَحْمَدُ فِي ذَلِكَ ، وَهُوَ فِي عُرْفِ النَّاسِ عَشِيرَتُهُ الْأَذْنُونَ ، وَلَوْلَدُهُ الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ
وَإِنْ سَفَلُوا ، فَتَصَرَّفَ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِمْ ، وَبِذَلِكَ فَسَّرَهُ ابْنُ قُتَيْبَةَ ، قَالَ (٨) : وَيَذَلُّ (٩) عَلَى
ذَلِكَ قولُ أَبِي بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : نَحْنُ عِثْرَةُ النَّبِيِّ ﷺ ، وَيَبْيُضُّهُ النَّبِيُّ تَفَقَّاتُ
عَنْهُ . وَقَالَ ثَعْلَبٌ ، وَابْنُ الْأَعْرَابِيِّ : الْعِثْرَةُ الْأَوْلَادُ ، وَأَوْلَادُ / الْأَوْلَادِ . وَلَمْ يَدْخُلَا
فِي ذَلِكَ الْعَشِيرَةِ ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ وَأَشْهَرُ فِي عُرْفِ النَّاسِ ، مَعَ أَنَّهُ قَدْ دَلَّ عَلَى صِحَّتِهِ قَوْلُ
أَبِي بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي مُحْفَلٍ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ ، فَلَمْ يُنْكِرْهُ أَحَدٌ ، وَهُمْ

٥٨/٦ ظ

(٦) أخرجه الترمذی ، فی : باب فضل فاطمة بنت محمد ﷺ ، من أبواب المناقب . عارضة الأحوذی
٢٤٩/١٣ . والإمام أحمد ، فی : المسند ٢٩٢/٦ ، ٢٩٨ ، ٣٠٤ .

(٧) سقط من : ١ . م .

(٨) فی غریب الحدیث ٢٣٠/١ .

(٩ - ٩) فی الأصل : « علیه » .

أَهْلُ اللِّسَانِ ، فَلَا يُعَوَّلُ عَلَى مَا خَالَفَهُ . وَإِنْ وَصَّى لِقَوْمِهِ ، أَوْ لِنُسَبَائِهِ ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : هَذَا بِمَنْبَأَةِ أَهْلِ بَيْتِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِذَا قَالَ : لِرَحِمِي ، أَوْ لِأَرْحَامِي ، أَوْ لِأَنْسَابِي ، أَوْ لِمَنْسَابِي . صُرِفَ إِلَى قَرَابَتِهِ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ ، وَيَتَعَدَّى وَلَدَ الْأَبِ الْخَامِسَ . فَعَلِيَ هَذَا يُصْرَفُ إِلَى كُلِّ مَنْ يَرِثُ بِفَرْضٍ أَوْ تَعْصِيْبٍ أَوْ بِالرَّحِمِ فِي حَالٍ مِنَ الْأَحْوَالِ . وَقَوْلُ أَبِي بَكْرٍ فِي الْمُنَاسِبِينَ أَوَّلَى مِنْ قَوْلِ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ فِي الْعُرْفِ يُطْلَقُ عَلَى مَنْ كَانَ مِنَ الْعَشِيرَةِ الَّتِي يَنْتَسِبَانِ إِلَيْهَا ، وَإِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَنْتَسِبُ إِلَى قَبِيلَةٍ غَيْرِ قَبِيلَةِ صَاحِبِهِ ، فَلَيْسَ بِمُنَاسِبٍ لَهُ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِمَوَالِيهِ ، وَلَهُ مَوَالٍ مِنْ فَوْقَ ، وَهُمْ مُعْتَقُوهُ ، فَالْوَصِيَّةُ لَهُمْ ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ يَتَنَاوَلُهُمْ ، وَقَدْ تَعَيَّنُوا بِوُجُودِهِمْ دُونَ غَيْرِهِمْ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا مَوَالٍ مِنْ أَسْفَلِ فَهِيَ ^(١٠) لَهُمْ كَذَلِكَ . وَإِنْ اجْتَمَعُوا ، فَالْوَصِيَّةُ لَهُمْ جَمِيعًا ، يَسْتَوُونَ فِيهَا ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ يَشْمَلُ جَمِيعَهُمْ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّهَا لَغَيْرِ مُعَيَّنٍ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَيْسَ بِأَوَّلَى مِنَ الْآخَرِ . وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : هِيَ لِلْمَوْلَى مِنْ أَسْفَلِ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ أَرْبَعَةُ أَجْزَاءٍ ، كَقَوْلِنَا ، وَقَوْلِ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَالثَّالِثِ ، هِيَ لِلْمَوَالِي مِنْ فَوْقَ ؛ لِأَنَّهُمْ أَقْوَى ، بِدَلِيلِ أَنَّهُمْ عَصَبَتُهُ ^(١١) وَبِرِثُونِهِ ، بِخِلَافِ عَتَقَاتِهِ . وَالرَّابِعُ ، يَقِفُ الْأَمْرُ حَتَّى يَصْطَلِحُوا . وَلَنَا ، أَنَّ الْأَسْمَ يَتَنَاوَلُ الْجَمِيعَ حَقِيقَةً وَعُرْفًا ، فَدَخَلُوا فِي الْوَصِيَّةِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لِإِخْوَتِهِ . وَقَوْلُهُمْ : غَيْرِ مُعَيَّنٍ . غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنْ مَعَ ^(١٢) التَّعْمِيمِ يَخْصُلُ التَّعْيِينُ ، وَلِذَلِكَ لَوْ حَلَفَ : لَا كَلَّمْتُ مَوَالِيَّ . حَنْتُ بِكَلَامِ إِيَّاهُمْ كَانَ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ الْمَوْلَى مِنْ فَوْقَ أَقْوَى . / قُلْنَا : مَعَ شُمُولِ الْأَسْمِ لَهُمْ يَدْخُلُ فِيهِ الْأَقْوَى وَالْأَضْعَفُ ، كَأِخْوَتِهِ ، وَلَا شَيْءَ لِابْنِ الْعَمِّ ، وَلَا لِلنَّاصِرِ ^(١٣) وَلَا لِلْحَلِيفِ ^(١٤) ، وَلَا لَغَيْرِ مَنْ ذَكَرْنَا ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ إِنْ لَمْ يَتَنَاوَلَهُمْ

(١٠) فِي م : « فَهُوَ » .

(١١) فِي م : « عَصَبَةٌ » .

(١٢) فِي أ ، م : « مِنْ » .

(١٣ - ١٤) سَقَطَ مِنْ : م .

حَقِيقَةً ، لم يَتَنَاوَلْهُمْ عُرْفًا ، والأَسْمَاءُ العُرْفِيَّةُ تُقَدَّمُ عَلَى الحَقِيقَةِ . ولا يَسْتَحِقُّ مَوْلَى
 أَنِيهِ مَعَ وُجُودِ مَوَالِيهِ . وقال زُفَرٌ : يَسْتَحِقُّ . ولا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مَوْلَى أَنِيهِ لَيْسَ بِمَوْلَى
 لَهُ حَقِيقَةً ، إِذَا كَانَ لَهُ مَوْلَى سِوَاهُ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَوْلَى ، فَقَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ :
 يَكُونُ لِمَوْلَى^(١٤) أَبِيهِ . وقال أَبُو يَوْسَفَ ، وَمُحَمَّدٌ : لَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَوْلَى
 لَهُ^(١٥) . وَاجْتَنَبَ الشَّرِيفُ بَأْنَ الأَسْمِ يَتَنَاوَلُ مَوَالِي أَبِيهِ مَجَازًا ، فَإِذَا تَعَذَّرَتِ
 الحَقِيقَةُ ، وَجَبَ صَرْفُ الأَسْمِ إِلَى مَجَازِهِ ، وَالْعَمَلُ بِهِ ، تَصْحِيحًا لِلْكَلامِ الْمُكَلَّفِ
 عِنْدَ إِمكانِ تَصْحِيحِهِ ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ إِزَادَتُهُ المَجَازَ ، لِكُونِهِ مَحْمَلًا صَحِيحًا ، وَإِزَادَةُ
 الصَّحِيحِ أَغْلَبُ مِنْ إِزَادَةِ الفَاسِدِ . فَإِنْ كَانَ لَهُ مَوَالٍ وَمَوَالِي أَبِي حِينَ الوَصِيَّةِ ، ثُمَّ
 انْقَرَضَ مَوَالِيهِ قَبْلَ المَوْتِ ، لَمْ يَكُنْ لِمَوَالِي الأَبِ شَيْءٌ عَلَى مُفْتَضَلٍ مَا ذَكَرْنَاهُ ، لِأَنَّ
 الوَصِيَّةَ كَانَتْ لِغَيْرِهِمْ ، فَلَا تُعَوَّدُ إِلَيْهِمْ إِلَّا بِعَقْدٍ ، وَلَمْ يُوْجَدْ . وَلَا يُشَبِّهُ هَذَا قَوْلَهُ :
 أَوْصَيْتُ لِأَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيَّ . وَلَهُ ابْنٌ وَابْنُ ابْنٍ ، فَمَاتَ الابْنُ ، حَيْثُ يَسْتَحِقُّ ابْنُ الابْنِ ،
 وَإِنْ كَانَ لَا يَسْتَحِقُّ مَعَ حَيَاةِ الابْنِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الوَصِيَّةَ هُنَا لِمَوْصُوفٍ بِصِفَةٍ وَجَدَتْ
 فِي ابْنِ الابْنِ ، كَوُجُودِهَا فِي الابْنِ حَقِيقَةً ، وَفِي المَوْلَى يَقَعُ الأَسْمُ عَلَى مَوْلَى نَفْسِهِ
 حَقِيقَةً ، وَعَلَى مَوْلَى أَبِيهِ مَجَازًا ، فَمَعَ وُجُودُهُمْ جَمِيعًا ، لَا يُحْمَلُ اللَّفْظُ إِلَّا عَلَى
 الحَقِيقَةِ ، وَهَذِهِ الصِّفَةُ لَا^(١٦) تُوجَدُ فِي مَوْلَى أَبِيهِ . قَالَ الشَّرِيفُ : وَيَدْخُلُ فِي الوَصِيَّةِ
 لِلْمَوَالِي مُدْبِرُهُ ، وَأُمُّ وَلَدِهِ ؛ لِأَنَّ الوَصِيَّةَ إِنَّمَا تُسْتَحَقُّ بَعْدَ المَوْتِ ، وَهُمْ حِينَئِذٍ مَوَالٍ
 فِي الحَقِيقَةِ .

فصل : وإن وصى لجيرانه ، فهم أهل أربعين داراً من كل جانب . نص عليه أحمد .
 وَبِهِ قَالَ الأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الجَارُ المُلَاصِقُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ
 قَالَ : « الجَارُ / أَحَقُّ بِصَفِيهِ »^(١٧) . يَعْنِي الشُّفْعَةَ ، وَإِنَّمَا تُثَبِّتُ لِلْمُلَاصِقِ ، وَلِأَنَّ

٥٩/٦ ظ

(١٤) فِي م : لِمَوَالٍ .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : أ .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٧) تَقَدَّمَ تَخْرِيجه فِي : ٤٣٧/٧ .

الجار مُشْتَقٌّ مِنَ الْمُجَاوِرَةِ . وَقَالَ قَتَادَةُ : الْجَارُ الدَّارُ وَالذَّارَانِ . وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا صَلَاةَ لِجَارِ الْمَسْجِدِ إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ » ^(١٨) . قَالَ : مَنْ سَمِعَ النَّدَاءَ . وَقَالَ سَعِيدُ بْنُ عَمْرٍو بْنِ جَعْفَةَ : مَنْ سَمِعَ الْإِقَامَةَ . وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ : الْجِيرَانُ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ ^(١٩) إِنْ جَمَعَهُمْ مَسْجِدٌ ، فَإِنْ تَفَرَّقَ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ ^(٢٠) فِي مَسْجِدَيْنِ صَغِيرَيْنِ مُتَفَارِقَيْنِ ، فَالْجَمِيعُ جِيرَانٌ ، وَإِنْ كَانَا عَظِيمَيْنِ ، فَكُلُّ أَهْلِ مَسْجِدٍ جِيرَانٌ ، وَأَمَّا الْأَنْصَارُ الَّتِي فِيهَا الْقَبَائِلُ ، فَالْجَوَارُ عَلَى الْأَفْخَاذِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْجَارُ أَرْبَعُونَ ذَارًا ، هَكَذَا وَهَكَذَا وَهَكَذَا » ^(٢١) . وَهَذَا نَصٌّ لَا يَجُوزُ الْعُدُولُ عَنْهُ إِنْ صَحَّ ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتِ الْخَبَرُ ، فَالْجَارُ هُوَ الْمُقَارِبُ ، وَيُرْجَعُ فِي ذَلِكَ إِلَى الْعُرْفِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِأَهْلِ دَرْبِهِ أَوْ سِكَتِهِ ، فَهَمُّ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ الَّذِينَ طَرِيقُهُمْ فِي دَرْبِهِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِأَصْنَافِ الزَّكَاةِ الْمَذْكُورِينَ فِي الْقُرْآنِ ، فَهَمُّ الَّذِينَ يَسْتَحِقُّونَ مِنَ الزَّكَاةِ ، وَيَتَبَغَّى أَنْ يُجْعَلَ لِكُلِّ ^(٢٢) صِنْفٍ ثَمَنُ الْوَصِيَّةِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لِثَمَانِ قَبَائِلَ ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الزَّكَاةِ ، حَيْثُ يَجُوزُ الْأَقْتِسَارُ عَلَى صِنْفٍ وَاحِدٍ ، أَنَّ آيَةَ الزَّكَاةِ أُرِيدَ بِهَا بَيَانُ مَنْ يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ، وَالْوَصِيَّةُ أُرِيدَ بِهَا بَيَانُ مَنْ يَجِبُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ . وَيَجُوزُ الْأَقْتِسَارُ مِنْ كُلِّ صِنْفٍ عَلَى وَاحِدٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ اسْتِنْعَاءَهُمْ . وَحَكَى هَذَا عَنْ أَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ أَنَّهُ قَالَ : لَا يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَى أَقَلِّ مِنْ اثْنَيْنِ . وَحَكَى أَبُو الْخَطَّابِ رَوَايَةَ ثَانِيَةَ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَى أَقَلِّ مِنْ ثَلَاثَةٍ مِنْ كُلِّ صِنْفٍ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَأَصْلُ هَذَا الْاِخْتِلَافُ فِي الزَّكَاةِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ .

(١٨) تقدم تخرجه في ٨/٣ . ويضاف إليه : كما أخرجه البيهقي ، في : باب المأموم يصلي خارج المسجد ... ، من كتاب الصلاة . السنن الكبرى ١١١/٣ عن علي . وعبد الرزاق ، في : باب من سمع النداء ، من كتاب الصلاة . المصنف ٤٩٨/١ موقوفا . والحاكم ، في : باب ما من ثلاثة في قرية ولا في بلد لا تقام فيهم الصلاة إلا قد استحوذ عليهم الشيطان ... ، من كتاب الصلاة . المستدرک ٢٤٦/١ عن أبي هريرة .

(١٩ - ٢٠) سقط من : م .

(٢٠) انظر : كتاب الوصايا ، في : تلخيص الحبير ٩٢/٣ . ولإرواء الغليل ، في : باب الموصى له ، من كتاب

الوصايا ١٠٠/٦ .

(٢١) في م : « لكم » خطأ .

ولا يجوز الصَّرفُ إلَّا إلى المُستَحِقِّ من أهل بَلَدِهِ . وإن وصَّى لِلْفُقَرَاءِ وَخَدَّهِمْ ، دَخَلَ فِيهِ الْمَسَاكِينُ . وإن أوصى لِلْمَسَاكِينِ دَخَلَ فِيهِ الْفُقَرَاءُ ؛ لِأَنَّهُمْ صِنْفٌ وَاحِدٌ فِيمَا عَدَا الزَّكَاةَ ، إِلَّا أَنْ يَذْكَرَ الصَّنْفَيْنِ جَمِيعًا ، / فَيَذَلُّ ذَلِكَ (٢٢) عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ الْمُعَايَرَةَ بَيْنَهُمَا . وَيُسْتَحَبُّ تَعْمِيمُ مَنْ أَمَكَّنَ مِنْهُمْ ، وَالدَّفْعُ إِلَيْهِمْ عَلَى قَدَرِ الْحَاجَةِ ، وَالْبِدَايَةُ بِأَقَارِبِ الْمُوصِي ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا (٢٣) فِي بَابِ الزَّكَاةِ . ٦٠/٦ و

فصل : وإن أوصى بشيءٍ لِزَيْدٍ وَلِلْمَسَاكِينِ ، فَلِزَيْدٍ نِصْفُ الْوَصِيَّةِ . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومحمد . وعن محمد : لِزَيْدٍ ثُلُثُهُ ، وَلِلْمَسَاكِينِ ثُلَاثُهُ ؛ لِأَنَّ أَقْلَ الْجَمْعِ اثْنَانِ . وقال الشافعي : يَكُونُ كَأَحَدِهِمْ ، إِنْ عَمَّهُمْ أَعْطَاهُ كَوَاحِدٍ مِنْهُمْ ، وَإِنْ قَسَمَ عَلَى ثَلَاثَةٍ مِنْهُمْ جَعَلَهُ كَأَحَدِهِمْ . وَحَكَى أَصْحَابُهُ وَجْهَيْنِ آخَرَيْنِ ، أَحَدُهُمَا كَمَذْهَبِنَا . وَالثَّانِي لَهُ رُبُعُ الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ أَقْلَ الْجَمْعِ ثَلَاثَةٌ ، فَإِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِمْ صَارُوا أَرْبَعَةً . وَلَنَا ، أَنَّهُ جَعَلَ الْوَصِيَّةَ لِجَهَّتَيْنِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُقَسَّمَ بَيْنَهُمْ ، كَمَا لَوْ قَالَ : لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو . وَلَئِنَّهُ لَوْ وَصَّى لِقُرَيْشٍ وَتَيْمِيمٍ ، لَمْ يُشْرَكَ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدَرِ عَدَدِهِمْ ، وَلَا عَلَى قَدَرٍ مِنْ يُعْطَى مِنْهُمْ ، بَلْ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ نِصْفَيْنِ ، كَذَلِكَ هُنَا . وَإِنْ كَانَ زَيْدٌ مِسْكِينًا ، لَمْ يُدْفَعْ إِلَيْهِ مِنْ سَهْمِ الْمَسَاكِينِ شَيْءٌ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَإِسْحَاقُ ؛ لِأَنَّ عَطْفَهُمْ عَلَيْهِ يَذَلُّ عَلَى الْمُعَايَرَةِ بَيْنَهُمَا ، إِذَا ظَاهَرَ الْمُعَايَرَةُ بَيْنَ الْمَعْطُوفِ وَالْمَعْطُوفِ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّ تَجْوِيزَ ذَلِكَ يُفْضِي إِلَى تَجْوِيزِ دَفْعِ الْجَمِيعِ إِلَيْهِ ، وَلَفْظُهُ يَقْتَضِي خِلَافَ ذَلِكَ . فَأَمَّا إِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ لِقَوْمٍ يُمَكِّنُ اسْتِيعَابَهُمْ وَحَصْرَهُمْ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : هَذَا لِزَيْدٍ وَإِخْوَتِهِ . فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ يَكُونُ كَأَحَدِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ شَرَكُ بَيْنِهِ وَبَيْنَهُمْ عَلَى وَجْهِ لَا يَجُوزُ الْإِخْلَالُ بَعْضِهِمْ ، فَتَسَاوَوْا فِيهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : هَذَا لَكُمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ كَالْتِي قَبْلَهَا .

فصل : وإن قال : اشْتَرَوْا بِلُثَى رِقَابًا ، فَأَعْتَقُوهُمْ . لَمْ يُجْزَ صَرْفُهُ إِلَى الْمُكَاتِبِينَ ؛

(٢٢) سقط من : ١ .

(٢٣) في الأصل ، ١ : « ذكره » .

لأنه وصى بالشراء ، لا بالدفع إليهم . فإن اتسع الثلث لثلاثة ، لم يجز أن يشتري أقل منها ؛ لأنها أقل الجمع . وإن قدر^(٢٤) على أن تشتري أكثر من ثلاثة بثمن ثلاثة غالية ، كان أولى وأفضل ؛ لأن النبي ﷺ قال : « من اعتق امرءاً مسلماً ، اعتق الله بكل عضو منه عضواً منه من النار »^(٢٥) . ولأنه يفرج عن^(٢٦) نفس زائدة ، فكان أفضل من عدم ذلك . وإن أمكن شراء ثلاثة رخيصة ، وحصة من الرابعة ، بثمن ثلاثة غالية / ، فالثلاثة أولى ؛ لأن النبي ﷺ لما سئل عن أفضل الرقاب ، قال : « أغلاها ثمنًا ، وأنفسها عند أهلها »^(٢٧) . والقصد من العتق تكميل الأحكام ، من

٦٠/٦ ط

(٢٤) في الأصل ، أ : « قدر » .

(٢٥) أخرجه البخارى ، في : باب قوله تعالى : ﴿ فك رقبة ﴾ أو إطعام في يوم ذى مسغبة • يتيمًا ذا مقربة • ، من كتاب العتق ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ أو تحرير رقبة ﴾ وأى الرقاب أزكى ، من كتاب الكفارات . صحيح البخارى ١٨٨/٣ ، ١٨١/٨ . ومسلم ، في : باب فضل العتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤٧/٢ . وأبو داود ، في : باب في ثواب العتق ، وباب أى الرقاب أفضل ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٣٥٤/٢ . والترمذى ، في : باب ما جاء في ثواب من أعتق رقبة ، وباب ما جاء في فضل من أعتق ، من أبواب النذور . عارضة الأحوذى ٢٤/٧ ، ٢٥ ، ٣٠ ، ٣١ . والنسائى ، في : باب ثواب من رمى بسهم في سبيل الله عز وجل ، من كتاب المجتبى ٢٣/٦ . وابن ماجه ، في : باب العتق ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٢٠/٢ ، ٤٢٢ ، ٤٢٩ ، ٤٣١ ، ٤٤٧ ، ٥٢٥ ، ١١٣/٤ ، ٢٣٥ ، ٣٢١ ، ٣٤٤ ، ٣٨٦ ، ٤٠٤ .

(٢٦) في م : « عنه » .

(٢٧) أخرجه البخارى ، في : باب أى الرقاب أفضل ، من كتاب العتق . صحيح البخارى ١٨٨/٣ . ومسلم ، في : باب بيان كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ٨٩/١ ، وابن ماجه ، في : باب العتق ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٣/٢ . والإمام مالك ، في : باب فضل عتق الرقاب ، وباب عتق الزانية وابن الزنا ، من كتاب العتق . الموطأ ٧٧٩/٢ ، ٧٨٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٨٨/٢ ، ١٥٠/٥ ، ١٧١ ، ٢٦٥ .

الولاية ، والجمعة ، والحج ، والجهاد ، وسائر الأحكام التي تختلف بالرق والحرية ، ولا يحصل ذلك إلا بإعتاق جميعه . وهذا التفضيل - والله أعلم - من النبي ﷺ للعالية ، إنما يكون مع التساوي في المصلحة ، فأمّا إن ترجع بعضهم بدين ، وعفة ، وصلاح ، ومصلحة له في العتق ، بأن يكون مضروراً بالرق ، وله صلاح في العتق ، وغيره له مصلحة في الرق ، ولا مصلحة له في العتق ، وربما تضرر به ، من قوات نفقته ، وكفالاته ، ومصالحه ، وعجزه بعد العتق عن الكسب ، وخروجه عن الصيانة والحفظ ، فإن إعتاق من كثرت المصلحة في إعتاقه أفضل وأولى ، وإن قلت قيمته ، ولا يسوغ إعتاق من في إعتاقه مفسدة ؛ لأن مقصود الموصي تحصيل الثواب والأجر ، ولا أجر في إعتاق هذا . ولا يجوز أن يعتق إلا رقية مسلمة ؛ لأن الله تعالى لما قال : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ (٢٨) . لم يتناول إلا المسلمة ، ومطلق كلام الآدمي محمول على مطلق كلام الله تعالى . ولا يجوز إعتاق معيبة عيباً يمنع الإجزاء في الكفارة ؛ لما ذكرنا . والله أعلم .

فصل : ونقل المروذي ، عن أحمد ، في من أوصى بثلثه في أبواب البر ، يجرأ ثلاثة أجزاء ؛ جزء في الجهاد ، وجزء يتصدق به في قرأته ، وجزء في الحج . وقال في رواية أبي داود : العزوي بدأ به . وحكى عنه أنه جعل جزءاً في فداء الأسرى . وهذا والله أعلم ليس على سبيل اللزوم والتحديد ، بل يجوز صرفه في جهات البر كلها ؛ لأن اللفظ للعموم ، فيجب حمله على عموميه ، ولا يجوز تخصيص العموم بغير دليل ، وربما كان غير هذه الجهات أحوج من بعضها وأحق ، وقد تدعو الحاجة إلى تكفين ميت ، وإصلاح طريق ، وفك أسير ، وإعتاق رقية ، وقضاء دين ، وإغاثة ملهوف ، أكثر من دعائها إلى حج من لا يجب عليه الحج ، فيكلف وجوب ما لم يكن عليه واجباً وتعباً . كان الله قد أراحه منه ، من غير مصلحة تعود/ على أحد من خلق الله ، فتقديهم هذا على ما مصلحة ظاهرة ، والحاجة إليه داعية ، بغير دليل ، تحكم لا معنى له . وإذا قال :

٦١/٦ و

(٢٨) سورة النساء ٩٢ ، وسورة المجادلة ٣ .

ضَعُ ثَلَاثِي حَيْثُ يُرِيكَ اللَّهُ . فَلَمْ صَرَّفْهُ فِي أَى جِهَةٍ مِنْ جِهَاتِ الْقُرْبِ ، رَأَى وَضَعَهُ فِيهَا ، عَمَلًا بِمُقْتَضَى وَصِيَّتِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ يَجِبُ صَرَّفُهُ إِلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، وَالْأَفْضَلُ صَرَّفُهُ إِلَى فُقَرَاءِ أَقَارِبِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَإِلَى مَحَارِمِهِ مِنَ الرِّضَاعِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَإِلَى جِيرَانِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : يَجِبُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ رَدَّهُ إِلَى اجْتِهَادِهِ فِيمَا فِيهِ الْحِظُّ ، وَهَذَا أَحْظُّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَدْ يَرَى غَيْرَ هَذَا أَهَمَّ مِنْهُ وَأَصْلَحَ ، فَلَا يَجُوزُ تَقْيِيدُهُ بِالتَّحْكُمِ . وَنَقَلَ أَبُو دَاوُدَ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ أَوْصَى بِثُلَاثِهِ فِي الْمَسَاكِينِ ، وَلَهُ أَقَارِبُ مُحَاوِيَجٌ لَمْ يُوصِ لَهُمْ بِشَيْءٍ ، وَلَمْ يَرِثُوا ، فَإِنَّهُ يَنْدَأِبُهُمْ ، فَإِنَّهُمْ أَحَقُّ . قَالَ : وَسُئِلَ عَنِ النَّصْرَانِيِّ يُوصِي بِثُلَاثِهِ لِلْفُقَرَاءِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ، أُبْعِطَى إِخْوَتُهُ وَهُمْ فُقَرَاءُ ؟ قَالَ : نَعَمْ ، هُمْ أَحَقُّ ، يُعْطَوْنَ خَمْسُونَ دِرْهَمًا لَا يُزَادُونَ عَلَى ذَلِكَ . يَعْنِي لَا يُزَادُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ الْقَدْرُ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ الْغِنَى .

٩٨١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا وَصَّى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ بِخَمْسِمَائَةٍ . فَمَا فَضَّلَ رَدُّ فِي الْحَجِّ)

وجملته أَنَّهُ أَوْصَى ^(١) أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ ^(٢) بِقَدْرِ مِنَ الْمَالِ ، وَجَبَ صَرْفُ جَمِيعِ ذَلِكَ فِي الْحَجِّ إِذَا حَمَلَهُ الثَّلَاثُ ؛ لِأَنَّهُ وَصَّى بِجَمِيعِهِ فِي جِهَةِ قُرْبَةٍ ، فَوَجَبَ صَرْفُهُ فِيهَا ، كَالْوَصَّى بِهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ أَنْ يَصْرِفَ إِلَى مَنْ يُحَجُّ أَكْثَرَ مِنْ نَفَقَةِ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ أَطْلَقَ ^(٣) التَّصَرُّفَ فِي الْمُعَاوَضَةِ ، فَاقْتَضَى ذَلِكَ عَوَضَ الْمِثْلِ ، كَالْتَّوَكُّيلِ ^(٤) فِي الْبَيْعِ . ثُمَّ لَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِقَدْرِ نَفَقَةِ الْمِثْلِ لِحَاجَةٍ وَاحِدَةٍ ، فَيُصَرَّفَ فِيهَا . أَوْ نَاقِصًا عَنْهَا ، فَيُحَجُّ بِهِ مِنْ حَيْثُ يُلْغُ ، فِي ظَاهِرٍ مَنْصُوصٍ ^(٥) أَحْمَدَ ، فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي

(١ - ١) سقط من : ١ .

(٢) في الزيادة : « لهُ » .

(٣) في م : « كالوكيل » .

(٤) في الأصل ، ١ : « نصوص » .

رَوَايَةُ حَنْبَلٍ ، فِي رَجُلٍ أَوْصَى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ ، وَلَا تَبْلُغُ النَّفَقَةَ ، فَقَالَ : يُحَجُّ عَنْهُ مِنْ حَيْثُ تَبْلُغُ النَّفَقَةَ لِلرَّائِبِ مِنْ أَهْلِ مَدِينَتِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الْعَبْرِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُعَانُ بِهِ فِي الْحَجِّ . وَهُوَ قَوْلُ سَوَّارِ الْقَاضِي ، حَكَاهُ عَنْهُ الْعَبْرِيُّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ مُخَيَّرٌ فِي ذَلِكَ . قَالَ ، فِي رَوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ ، فِي امْرَأَةٍ / أَوْصَتْ بِحَجٍّ لَا يَجِبُ عَلَيْهَا : أَرَى أَنْ يُؤْخَذَ ثُلُثُ مَالِهَا ، فَيُعَانَ بِهِ فِي الْحَجِّ ، أَوْ يُحَجَّ مِنْ حَيْثُ يَبْلُغُ . الْحَالُ الثَّلَاثُ ، أَنْ يُفْضَلَ عَنْ الْحَجَّةِ ، فَيُدْفَعَ فِي حَجَّةٍ ثَانِيَةٍ ، ثُمَّ فِي ثَالِثَةٍ ، إِلَى أَنْ يَنْفَدَ ، أَوْ يَبْقَى مَا لَا يَبْلُغُ حَجَّةً ، فَيُحَجَّ بِهِ ^(٥) مِنْ حَيْثُ يَبْلُغُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْخِلَافِ فِيهِ . وَلَا يَسْتَنْبِطُ فِي الْحَجِّ مَعَ الْإِمْكَانِ إِلَّا مِنَ بَلَدِ الْمَحْجُوجِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنِ الْمَيِّتِ ، وَقَائِمٌ مَقَامَهُ ، فَيَنْبُتُ عَنْهُ مِنْ مَوْضِعٍ لَوْ حَجَّ الْمَنْبُوتُ عَنْهُ لَحَجَّ مِنْهُ . فَإِنْ كَانَ الْمُوَصَّى بِهِ لَا يَحْمِلُهُ الثَّلَاثُ ، لَمْ يَخُلْ مِنْ أَنْ يَكُونَ الْحَجُّ قَرْضًا أَوْ تَطَوُّعًا ، فَإِنْ كَانَ قَرْضًا أَخَذَ أَكْثَرَ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الثَّلَاثِ أَوْ الْقَدْرِ الْكَافِيَ لِحَجِّ الْقَرْضِ ، فَإِنْ كَانَ الثَّلَاثُ أَكْثَرَ ، أَخَذَ ، ثُمَّ يُصَرِّفُ مِنْهُ فِي الْقَرْضِ قَدْرَ مَا يَكْفِيهِ ، ثُمَّ يُحَجُّ بِالْبَاقِي تَطَوُّعًا حَتَّى يَنْفَدَ ، كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ ، وَإِنْ كَانَ الثَّلَاثُ أَقَلَّ ، ثُمَّ قَدْرُ مَا يَكْفِي الْحَجَّ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَبِهَذَا قَالَ عَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ : كُلُّ وَاجِبٍ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَقَالَ ابْنُ سِيرِينَ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَحَمَّادُ بْنُ أَبِي سُلَيْمَانَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَدَاوُدُ بْنُ أَبِي هَنْدٍ : إِنْ وَصَّى بِالْحَجِّ ، فَمِنْ ثَلَاثِهِ ، وَإِلَّا فَلَيْسَ عَلَى وَرَثَتِهِ شَيْءٌ . فَعَلَى قَوْلِهِمْ ، إِنْ لَمْ يَفِ الثَّلَاثُ بِالْمَوْصَى بِهِ ، وَإِلَّا لَمْ يَزِدْ عَلَى الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّ الْحَجَّ عِبَادَةٌ فَلَا تَلْزَمُ الْوَارِثَ ، كَالصَّلَاةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَوْ كَانَ عَلَى أَبِيكَ دَيْنٌ ، أَكُنْتُ تَقْضِيهِ » ^(٦) ؟ « قَالَ ^(٧) : نَعَمْ . قَالَ : « فَذَيْنُ اللَّهِ أَحَقُّ أَنْ يُقْضَى » ^(٨) . وَالدَّيْنُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، فَمَا هُوَ أَحَقُّ

(٥) فِي م : « عَنْهُ » .

(٦) فِي ب : « تَقْضِيهِ » .

(٧) فِي ب : « قَالَتْ » .

(٨) أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ تَشْبِيهِ قِضَاءِ الْحَجِّ بِقِضَاءِ الدَّيْنِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاسِكِ . الْمُجْتَبَى ٨٩/٥ .

منه أُولَى ، ولأنه واجب ، فكان من رأس المال ، كذَيْنِ الْآدَمِيِّ . وإن كان تَطَوُّعًا ،
أَخَذَ الثُّلُثَ لَا غَيْرُ ، إذا لم يُجْزِ الْوَرَثَةُ ، وَيُحْجُّ بِهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِيمَا مَضَى .

فصل : وإذا أَوْصَى بِحَجٍّ وَاجِبٍ ، أو غيره من الواجبات ، كَقَضَاءِ دَيْنٍ ، وَزَكَاةٍ ،
وإخراج كَفَّارَةٍ ، لم يُجَلِّ من أَرْبَعَةِ أَحْوَالٍ ؛ أحدها ، أن يوصى بذلك من صُلْبِ
ماله ، فهذا تَأْكِيدٌ لِمَا وَجَبَ بِالشَّرْعِ ، وَيُحْجُّ عَنْهُ مِنْ بَلَدِهِ ، وإن لم يَفِ / ماله بذلك ،
أَخَذَ ماله كله يَدْفَعُ فِي الْوَاجِبِ ، كما لو لم يوصر . الثاني ، أن يوصى بِأَدَاءِ الْوَاجِبِ
مِنْ ثُلُثِ ماله ، فَيَصِحُّ أَيْضًا ، فَإِنْ لم تَكُنْ لَهُ وَصِيَّةٌ غَيْرُ هَذِهِ ، لم تُفَدَّ شَيْئًا ، وَيُؤَدَّى
مِنَ الْمَالِ كُلِّهِ ، كما لو لم يوصر . وإن كان قد أَوْصَى بِتَبَرُّعٍ لِحَاجَةٍ أُخْرَى ، قُدِّمَ الْوَاجِبُ ،
وإن فَضَّلَ مِنَ الثُّلُثِ شَيْءٌ فَهُوَ لِلتَّبَرُّعِ ، وإن لم يَفْضُلْ شَيْءٌ سَقَطَتْ ، وإن لم يَفِ الثُّلُثُ
بِالْوَاجِبِ أُتِمَّ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . هكذا ذَكَرَ الْقَاضِي . وقال أَبُو الْخَطَّابِ : يُزَاحَمُ
بِالْوَاجِبِ أَصْحَابُ الْوَصَايَا . فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ مِثْلَ مَا ذَكَرَ الْقَاضِي ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ
أَنَّ الثُّلُثَ يُقَسَّمُ بَيْنَ الْوَصَايَا كُلِّهَا ، الْوَاجِبِ وَالتَّبَرُّعِ بِالْحِصَصِ ، فَمَا حَصَلَ لِلْوَاجِبِ
أُتِمَّ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، فَيَدْخُلُهُ الدَّوْرُ ، وَتَعْمَلُ بِالْجَبْرِ ، فنَقُولُ فِي رَجُلٍ أَوْصَى بِحَاجَةٍ
وَاجِبَةٍ ، كِفَايَتُهَا عَشْرَةٌ مِنْ ثُلُثِهِ ، وَوَصَّى بِصَدَقَةٍ تَطَوُّعٍ عَشْرَةً ، وَمَاتَ فَلَمْ يَخْلُفْ
إِلَّا ثَلَاثِينَ ، فَاغْرُلْ تَبَمَّةَ الْوَاجِبِ مِنَ الْمَالِ ، وَهِيَ شَيْءٌ مَجْهُوْلٌ ، وَخُذْ ثُلُثَ الْبَاقِي
عَشْرَةً إِلَّا ثَلَاثَ شَيْءٍ ، وَاقْسِمْهُ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ خَمْسَةٌ إِلَّا سُدُسَ شَيْءٍ ،
وَاضْمُمْ^(٩) الشَّيْءَ الَّذِي عَزَلْتَهُ إِلَى مَا حَصَلَ لِلْحَاجَةِ ، فَصَارَ شَيْئًا وَخَمْسَةٌ إِلَّا سُدُسَ
شَيْءٍ ، يَعْدِلُ عَشْرَةً ، وَخُذْ مِنَ الشَّيْءِ سُدُسَهُ ، فَاجْبُرْ بِهِ بَعْضَ الْخَمْسَةِ ، يَبْقَى خَمْسَةٌ
أَسَدَاسِ شَيْءٍ ، يَعْدِلُ خَمْسَةً ، فَالشَّيْءُ إِذَا سِتَّةٌ ، وَمتى أَخَذْتَ سِتَّةً مِنْ ثَلَاثِينَ ، بَقِيَ
أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ ، ثُلُثُهَا ثَمَانِيَّةٌ ، لِصَاحِبِ الصَّدَقَةِ نِصْفُهَا أَرْبَعَةٌ ، وَلِلْوَاجِبِ أَرْبَعَةٌ
(١٠) إِذَا ضَمَمْتَ إِلَيْهَا^(١٠) السِتَّةَ ، صَارَ الْجَمِيعُ عَشْرَةً ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ أَيْضًا دَيْنٌ خَمْسَةٌ ،
عَزَلْتَ تَبَمَّةَ الْحَجِّ شَيْئًا ، وَتَبَمَّةَ الدَّيْنِ نِصْفَ شَيْءٍ ، بَقِيَ ثُلُثُ الْمَالِ عَشْرَةً إِلَّا نِصْفَ

(٩) سقطت الواو من : م .

(١٠ - ١٠) في م : « مع » .

شيء ، واقسمه بين الوصايا ، فيحصل للحج أربعة إلا خمس شيء ، اضمم إليها ثمنته ، يصير شيئاً وأربعة إلا خمس شيء ، يعدل عشرة ، وبعد الجبر يصير أربعة أخماس شيء ، تعدل ستة ، فرد على الستة ربعها ، تصير سبعة ونصف ، يعدل شيئاً ، فالشيء سبعة ونصف ، ونصف الشيء ثلاثة ونصف ورُبْع ، وبقيّة المال ثمانية عشر وثلاثة أرباع ، ثلثها ستة ورُبْع ، للذين خُمنسها واحد ورُبْع / ، إذا ضمنت إليه ثمنته ، كمل خمسة ، وللحج اثنان ونصف ، تكمل ثمنته ^(١١) ، وللصدقة اثنان ونصف . وفي عملها طريق آخر ، وهو أن يقسم الثلث بكماله بين الوصايا بالقسط ، ثم ما بقي من الواجب أخذه ^(١٢) من الورثة وصاحب التبرع بالقسط ، ففي المسألة الأولى يحصل للواجب خمسة ، يبقى له خمسة ، يأخذ من صاحب التبرع ديناراً ، ومن الورثة أربعة . وفي المسألة الثانية ، حصل للحج أربعة ، وبقي له ستة ، وحصل للذين دينارين ، وبقي له ثلاثة ، فيأخذان ما بقي لهما من الورثة ثلاثة ^(١٣) ، ومن صاحب التبرع ثلاثة ، فيأخذ صاحب الحجة من الورثة أربعة ، ومن صاحب التبرع دينارين ، ويأخذ صاحب الدين دينارين من الورثة ، وديناراً من صاحب التبرع . الثالث ، أن يوصى بالواجب ، ويُطلق ، فهو من رأس المال ، فيبدأ بإخراجه قبل التبرعات والميراث ، فإن كان ثم وصية تبرع ، فلصاحبها ثلث الباقي . وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي . وذَهَبَ بعضهم إلى أن الواجب من الثلث كالقسم الذي قبله ؛ لأنه إنما يملك الوصية بالثلث . ولنا ، أن الحج كان واجباً من رأس المال ، وليس في وصيته ما يقتضي تغييره ، فيبقى على ما كان عليه ، كما لو لم يوص به . وقولهم : لا تملك الوصية إلا بالثلث . قلنا : في التبرع ، فأما في الواجبات فلا تنحصر في الثلث ،

ظ ٦٢/٦

(١١) في م : « به تنمة » .

(١٢) في م : « أخذه » .

(١٣) في الأصل : « ثلثيه » .

ولا تَتَقَيَّدُ بِهِ . القسم الرابع ، أن يُوصَى بِالْوَاجِبِ وَيَقْرَنَ بِهِ^(١٤) الْوَصِيَّةَ بِتَبَرُّعٍ^(١٥) ،
 مثل أن يقول : حُجُّواعَنِّي ، وَأَذُوادَنِي ، وَتَصَدَّقُوا عَنِّي . ففيه وَجْهَانِ ؛ أَصْحُهُمَا ،
 أَنَّ الْوَاجِبَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ الْاِفْتِرَانَ فِي اللَّفْظِ لَا يَدُلُّ عَلَى الْاِفْتِرَانِ فِي الْحُكْمِ ،
 وَلَا فِي كَيْفِيَّتِهِ ، وَلِذَلِكَ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ كُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ
 حَصَادِهِ ﴾^(١٦) . وَالْأَكْلُ غَيْرُ وَاجِبٍ ، وَالْإِيتَاءُ وَاجِبٌ ، وَلِأَنَّهُ هُنَا قَدْ عَطَفَ غَيْرُ
 الْوَاجِبِ عَلَيْهِ ، فَكَمَا لَمْ يَسْتَوِيََا فِي الْوُجُوبِ لَا يَلْزَمُ اسْتِوَاؤُهُمَا فِي مَحَلِّ الْإِخْرَاجِ .
 والثاني ، أَنَّهُ مِنَ الثُّلْثِ ؛ لِأَنَّهُ قَرَنَ بِهِ مَا مَخْرَجُهُ مِنَ الثُّلْثِ .

٩٨٢ - / مسألة ؛ قال : (وَإِنْ قَالَ : حَجَّةٌ بِخُمْسِمَائَةٍ . فَمَا فَضْلُ فَهُوَ لِمَنْ
 يَحُجُّ)

وجملته أَنَّهُ إِذَا أُوصِيَ أَنْ يَحُجَّ عَنْهُ بِقَدَرٍ مِنَ الْمَالِ حَجَّةً وَاحِدَةً ، وَكَانَ فِيهِ فَضْلٌ عَنْ
 قَدَرٍ مَا يَحُجُّ بِهِ ، فَهُوَ لِمَنْ يَحُجُّ ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ إِزْفَاقَهُ بِذَلِكَ ، فَكَأَنَّهُ صَرَّحَ ، بِأَنْ قَالَ :
 حُجُّواعَنِّي حَجَّةً وَاحِدَةً بِخُمْسِمَائَةٍ ، وَمَا فَضْلُ مِنْهَا فَهُوَ لِمَنْ يَحُجُّ . ثُمَّ إِنْ عَيَّنَ مَنْ يَحُجُّ
 عَنْهُ ، فَقَالَ : يَحُجُّ عَنِّي فَلَانٌ بِخُمْسِمَائَةٍ . صُرِفَ ذَلِكَ إِلَيْهِ . وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْ أَحَدًا ،
 فَلِلْمُوصَى صَرَفُهَا إِلَى مَنْ شَاءَ ؛ لِأَنَّهُ فَوَّضَ إِلَيْهِ الْاجْتِهَادَ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ صَرَفُهَا إِلَى
 وَارِثٍ ، إِذَا كَانَ فِيهَا فَضْلٌ إِلَّا بِإِذْنِ الْوَرِثَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا فَضْلٌ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهَا لَا
 مُحَابَاةَ فِيهَا ، ثُمَّ يُنْظَرُ ؛ فَإِنْ كَانَ الْحَجُّ الْمُوصَى^(١) بِهِ تَطَوُّعًا ، فَجَمِيعُ الْقَدَرِ الْمُوصَى
 بِهِ مِنَ الثُّلْثِ ، وَإِنْ كَانَ وَاجِبًا ، فَالزَّائِدُ عَنْ نَفَقَةِ الْمِثْلِ يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلْثِ . وَإِنْ لَمْ يَف

(١٤) سقط من : م .

(١٥) في م : بالتبرع .

(١٦) سورة الأنعام ١٤١ .

(١) في م : للموصى .

الموصى به بالحجّ الواجب ، أتمّ من رأس المال . وإن كان تطوُّعاً ، فإنه يحجُّ به من حيث يئُلُّغ ، على ما مضى .

فصل : وإن عيّن رجلاً للحجّ^(٢) ، فأبى أن يحجّ ، بطلّ التّعيين ، ويحجُّ عنه بأقلّ ما يمكن إنسان ثقةً سواه ، ويصرفُ الباقي إلى الورثة . ولو قال المعيّن : اصرّفوا الحجة إلى من يحجّ ، وادفعوا الفضل إلى ، لأنه موصى به لى . لم يصرف إليه شيء ؛ لأنه إنما أوصى له بالزيادة بشرط أن يحجّ ، فإذا لم يفعل ، لم يوجد الشرط ، ولم يستحق شيئاً .

٩٨٣ - مسألة ؛ قال : (وإن قال : حُجُّوا عني حجة . فما فضل ردُّ إلى الورثة)

أمّا إذا وصى بحجة ، ولم يذكر قدرًا من المال ، فإنه لا يُدفع إلى من يحجُّ إلا قدر نفقة المثل ؛ لما ذكرناه . وإن فضل فضل عن ذلك ، فهو للورثة . وهذا يبيّن على أن الحجّ لا يجوز الاستتجار عليه ، إنما ينوب عنه فيه نائب ، فما يتفق عليه فيما يحتاج إليه ، فهو من مال الموصى ، وما بقى رده على ورثته . وإن تلف المال في الطريق ، فهو من مال الموصى ، وليس على النائب إتمام المضيّ إلى الحجّ عنه . وعلى الرواية الأخرى ، يجوز الاستتجار عليه ، فلا يستأجر إلا ثقة بأقلّ ما يمكن ، وما فضل فهو لمن يحجّ ؛ لأنه ملك ما / أعطى بعقد^(١) الإجارة . وإن تلف المال في الطريق بعد قبض الأجير له ، فهو من ماله ، ويلزمه إتمام^(٢) الحجّ . وإن قال : حُجُّوا عني . ولم يقل : حجة واحدة . لم يحجّ عنه إلا حجة واحدة ؛ لأنه أقلّ ما يقع عليه الاسم . فإن عيّن مع هذا من يحجّ عنه ، فقال : يحجّ عني فلان . فإنه يُدفع إليه قدر نفقته من بلده إذا خرج من الثلث . فإن أبى الحجّ إلا بزيادة تُصرف إليه ، فينبغي أن يُصرف إليه

٦٣/٦ ظ

(٢) في م : أن يحج .

(١) في ا : بقدر . وفي م : بعد .

(٢) في م : بإتمام .

أَقْلَ قَدْرِ^(٣) يُمَكِّنُ أَنْ يَحْجَّ بِهِ غَيْرُهُ . وَإِنْ أَبَى الْحَجَّ ، وَكَانَ وَاجِبًا ، اسْتُنِيبَ غَيْرُهُ بِأَقْلَ مَا يُمَكِّنُ اسْتِنَابَتَهُ بِهِ^(٤) . وَإِنْ كَانَ تَطَوُّعًا ، احْتَمَلَ بُطْلَانَ الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنَ لَهَا جِهَةً ، فَإِذَا لَمْ تَقْبَلْهَا بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ^(٥) ، كَمَا لَوْ قَالَ : بِيَعُوا عَبْدِي لِفُلَانٍ بِمَائَةٍ . فَأُبَيَّ شِرَاءَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَبْطُلَ ، وَيُسْتَنَابُ غَيْرُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَصْدُ الْقُرْبَةِ وَالتَّعْيِينِ ، فَإِذَا بَطَلَ التَّعْيِينُ ، لَمْ تَبْطُلِ الْقُرْبَةُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : بِيَعُوا عَبْدِي لِفُلَانٍ ، وَتَصَدَّقُوا بِتَمِينِهِ . فَلَمْ يَقْبَلْ فُلَانٌ ، فَإِنَّهُ يُبَاغٍ لَغَيْرِهِ ، وَيُتَصَدَّقُ بِهِ .

فصل^(٦) : وَإِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ^(٧) أَنْ يُخْرِجَ عَنْهُ حَجَّةً ، لَمْ يَكُنْ لِلْوَصِيِّ الْحَجَّ^(٨) بِنَفْسِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . كَمَا لَوْ قَالَ : تَصَدَّقْ عَلَىَّ . لَمْ يُجْزَ أَنْ يَتَصَدَّقَ عَنْ^(٩) نَفْسِهِ . وَإِنْ قَالَ : حُجَّ عَنِّي بِمَا شِئْتُ . صَحَّ ، وَلَهُ مَا شَاءَ ، إِلَّا أَنْ لَا يُجْزِيَ الْوَرِثَةُ ، فَلَهُ الثَّلَاثُ .

فصل : إِذَا أَوْصَى أَنْ يَحْجَّ عَنْهُ زَيْدٌ بِمَائَةٍ ، وَلِعَمْرٍو بِتَامِ الثَّلَاثِ ، وَلِسَعْدٍ بِثَلَاثِ مَالِهِ . فَأَجَازَ الْوَرِثَةُ ، أَمْضِيَتْ عَلَى مَا قَالَ الْمُوصِي . وَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ عَنِ الْمِائَةِ شَيْءٌ ، فَلَا شَيْءَ لِعَمْرٍو ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَوْصَى لَهُ بِالْفَضْلِ ، وَلَا فَضْلَ . وَإِنْ رَدَّ الْوَرِثَةُ ، قُسِمَ الثَّلَاثُ بَيْنَهُمْ نِصْفَيْنِ ؛ لِسَعْدٍ السُّدُسُ ، وَلَزَيْدٍ مِائَةٌ ، وَمَا فَضَلَ مِنَ الثَّلَاثِ فَلِعَمْرٍو ، فَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ شَيْءٌ ، فَلَا شَيْءَ لِعَمْرٍو ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَوْصَى لَهُ بِالزِّيَادَةِ ، وَلَا زِيَادَةَ . وَلَا تُمْنَعُ الْمُزَاحِمَةُ بِهِ ، وَلَا يُعْطَى شَيْئًا ، كَوْلِدِ الْأَبِ مَعَ الْآخَرِ مِنَ الْأَبْوَيْنِ ، فِي مُزَاحِمَةِ الْجَدِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ مَتَى كَانَ فِي الثَّلَاثِ فَضْلٌ عَنِ الْمِائَةِ ، أَنْ يُرَدَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ إِلَى نِصْفِ وَصِيَّتِهِ ؛ لِأَنَّ زَيْدًا إِنَّمَا اسْتَحَقَّ الْمِائَةَ بِالْإِجَازَةِ ، فَمَعَ الرَّدِّ يَجِبُ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهِ مِنَ النِّقْصِ بِقَدْرِ

(٣) فِي زِيَادَةِ : « مَا » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ .

(٦) سَقَطَ هَذَا الْفَصْلُ كُلُّهُ مِنَ الْأَصْلِ . وَبِهَامِشِ النُّسخَةِ أَنَّ هَذَا الْفَصْلَ لَمْ أَجِدْهُ فِي نَسْخَةِ الْوَقْفِ . يَعْنِي الْأَصْلُ .

(٧) فِي أ : « إِلَى رَجُلٍ » .

(٨) فِي أ : « أَنْ يَحْجَّ » .

(٩) فِي أ : « عَلَى » .

وصيَّته ، كسائر الوصايا . وقد ذكرنا نظير هذه المسألة فيما تقدّم . فإن امتنع زيد من الحجّ ، وكانت الحجّة واجبة ، استُنِيبَ ثَقَّةٌ غيره في الحجّ بأقلّ ما يُمكن ، وتأمّم المائة للورثة ، ولعمرو ما فضّل . وإن كانت الحجّة تطوُّعاً ، ففى بطلان الوصية بها وجّهان ، ذكرناهما فيما مضى .

فصل : وإن أوصى لزيد بعبد بعينه ، ولعمرو ببقية الثلث ، قوّم العبد / يوم موت الموصى ؛ لأنّه حال نفوذ الوصية ، ودفع إلى زيد ، ودفع بقية الثلث إلى عمرو . فإن لم يبق من الثلث شيء ، بطلت وصية عمرو . وإن مات العبد بعد موت الموصى ، أو ردّ زيد وصيَّته ، بطلت ولم تبطل وصية عمرو . وهكذا إن مات زيد قبل موت الموصى أو بعده . وإن مات العبد قبل موت الموصى ، قوّمنا التركة حال موت الموصى بدون العبد ، ثم يقوّم العبد لو كان حياً ، فإن بقي من الثلث بعد قيمته شيء ، فهو لعمرو ، وإلا بطلت وصيَّته . ولو قال لأحد عبدي : أنت مدبّر . ثم قال لآخر : أنت مدبّر في زيادة الثلث عن قيمة الأول . ثم بطل تدبير الأول لرجوعه فيه ، أو خروجه مُستحقّاً ، أو غير ذلك ، فهي كالتى قبلها ، على ما ذكرنا .

٩٨٤ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ لِرَجُلٍ ، فَقُتِلَ عَمْدًا أَوْ خَطَأً ، وَأَخَذَتِ الدِّيَّةُ ، فَلِمَنْ أَوْصَى لَهُ بِالثُّلْثِ ثُلْثُ الدِّيَّةِ ، فَيُؤْتَى الرَّوَاتِبِينَ ، وَالْأُخْرَى لِمَنْ أَوْصَى لَهُ بِالثُّلْثِ مِنَ الدِّيَّةِ شَيْءٌ)

اختلفت الرواية عن أحمد ، في مَنْ أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ ، أو جزء منه مُشاعٍ ، فَقُتِلَ الموصى ، وأخذت دية ، هل للموصى منها شيء أو لا ؟ فنقل مهنّا عن أحمد ، أنّه يستحقّ منها . وروى ذلك عن عليّ ، رضى الله عنه ، في دية الخطأ . وهو قول الحسن ، ومالك . ونقل ابن منصور ، عن أحمد ، لا يدخل الدية في وصيَّته . وروى ذلك عن مكحول ، وشريك ، وأبي ثور ، وداود . وهو قول إسحاق . وقال مالك : في دية العمد ؛ لأنّ الدية إنّما تجب للورثة بعد موت الموصى ، بدليل أنّ سببها الموت ، فلا يجوز وجوبها قبله ؛ لأنّ الحكم لا يتقدّم سببه ، ولا يجوز أن تجب للميت بعد موته ؛

لأنه بالموت تزول أملاكه الثابتة له ، فكيف يتجدد له ملك ؟ فلا يدخل في الوصية ؛ لأن الميت إنما يوصى بجزء من ماله ، لا بماله ورثته . ووجه الرواية الأولى ، أن الدية تجب للميت ؛ لأنها بدل نفسه ، ونفسه / له ، فكذلك بدلها ، ولأن بدل أطرافه في حال حياته له ، فكذلك بدلها بعد موته ، ولهذا نقضى منها ديونه ، ويجهز منها إن كان قبل تجهيزه ، وإنما يزول من أملاكه ما استغنى عنه ، فأما ما تعلقت به حاجته فلا . ولأنه يجوز أن يتجدد له ملك بعد الموت ، كمن نصب شبكة فسقط فيها صيد بعد موته ، فإنه يملك بحيث تقضى ديونه منه ، ويجهز ، فكذلك دينه ؛ لأن تنفيذ وصيته من حاجته ، فأشبهت قضاء دينه .

فصل : وإن كانت الوصية بمعين ، فعلى الرواية الأولى ^(١) ، يعتبر خروجه من ^(٢) ثلث ماله ودينه ^(٣) ، وعلى الأخرى ، يعتبر خروجه من أصل ماله دون دينه ؛ لأنها ^(٣) ليست من ماله .

فصل : وإن أوصى ، ثم استفاد مالا قبل الموت ، فأكثر أهل العلم يقولون : إن الوصية تعتبر من جميع ما يخلفه من التلاد والمستفاد ، ويعتبر ثلث الجميع . هذا قول النخعي ، والأوزاعي ، ومالك ، والشافعي ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي . وسواء علم أو لم يعلم . وحكى عن أبان بن عثمان ، وعمر بن عبد العزيز ، وربيعة ، ومالك ، لا يدخل في وصيته إلا ما علم ، إلا المدبر فإنه يدخل في كل شيء . ولنا ، أنه من ماله ، فدخل في وصيته ، كالعلوم .

(١) في ١ : « الأخرى » .

(٢ - ٣) في ١ : « أصل ماله دون دينه » .

(٣) في ١ ، م زيادة : « له » .

٩٨٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ ، ثُمَّ أَوْصَى بَعْدَهُ إِلَى آخَرَ ، فَهُمَا وَصِيَّانِ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : قَدْ أَخْرَجْتُ الْأَوَّلَ)

معنى أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ . أى جعلَ له التَّصَرُّفَ بعدَ موته ، فيما كان له التَّصَرُّفُ فيه ، من قَضَاءِ دُيُونِهِ ، واقتضائها ، وَرَدِّ الْوَدَائِعِ ، واستِرْدَادِهَا ، وَتَفْرِيقِ وَصِيَّتِهِ ، والولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم من الصَّبِيَّانِ وَالْمَجَانِينِ وَمَنْ لَمْ يُؤْتَسَّرْ رُشْدُهُ ، والنَّظَرُ لَهُمْ فِي أَمْوَالِهِمْ بِحِفْظِهَا ، والتَّصَرُّفُ فِيهَا بِمَا لَهُمُ الْحَظُّ فِيهِ . فَأَمَّا مَنْ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِمْ ، كَالْعُقَلَاءِ الرَّاشِدِينَ ، وَغَيْرِ أَوْلَادِهِ مِنَ الْإِخْوَةِ وَالْأَعْمَامِ وَسَائِرِ مَنْ عَدَا الْأَوْلَادِ ، فَلَا تَصَحُّ الْوَصِيَّةُ / عَلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِلْمَوْصِي عَلَيْهِمْ فِي الْحَيَاةِ ، فَلَا يَكُونُ ذَلِكَ لِنَائِبِهِ بَعْدَ الْمَمَاتِ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا كُلِّهِ خِلَافًا . وَبِهِ يَقُولُ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيَّ قَالَا : لِلجَدِّ وِلَايَةٌ عَلَى ابْنِ ابْنِهِ وَإِنْ سَقَلَ ؛ لِأَنَّ لَهُ وَلَادَةً وَتَعْصِييًا ، فَأُشْبِهَ الْأَبَ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي الْأُمِّ عِنْدَ عَدَمِ الْأَبِ وَالْجَدِّ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ لَهَا وِلَايَةً ؛ لِأَنَّهَا أَحَدُ الْأَبَوَيْنِ ، فَأُشْبِهَتْ الْأَبَ . وَلَنَا ، أَنَّ الْجَدَّ يُدْلِي بِوَاسِطَةٍ ، فَأُشْبِهَ الْأَخَ وَالْعَمَّ ، وَفَارَقَ الْأَبَ ، فَإِنَّهُ يُدْلِي بِنَفْسِهِ ، وَيُخْجِبُ الْجَدَّ ، وَيُخَالِفُهُ فِي مِيرَاثِهِ وَحُجْبِهِ ، فَلَا يَصَحُّ إِحْلَاقُهُ بِهِ ، وَلَا قِيَاسُهُ عَلَيْهِ . وَأَمَّا الْمَرْأَةُ فَلَا تَلِي ؛ لِأَنَّهَا قَاصِرَةٌ لَا تَلِي النِّكَاحَ بِحَالٍ ، فَلَا تَلِي مَالَ غَيْرِهَا ، كَالْعَبْدِ ، وَلِأَنَّهَا لَا تَلِي بَوِلَايَةَ الْقَضَاءِ ، فَكَذَلِكَ بِالنَّسَبِ ^(١) . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِذَا أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ ، ثُمَّ أَوْصَى إِلَى آخَرَ ، فَهُمَا وَصِيَّانِ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : قَدْ أَخْرَجْتُ الْأَوَّلَ ، أَوْ قَدْ عَزَلْتُهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا إِذَا أَوْصَى بِجَارِيَةٍ لِبَشَرٍ ، ثُمَّ أَوْصَى بِهَا لِبَكْرٍ . وَلِأَنَّهُ قَدْ وَجَدَتْ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِمَا مِنْ غَيْرِ عَزْلٍ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَكَانَا وَصِيَّيْنِ ، كَمَا لَوْ أَوْصَى إِلَيْهِمَا دَفْعَةً وَاحِدَةً . فَأَمَّا إِنْ أَخْرَجَ الْأَوَّلَ أَنْعَزَلَ ، وَكَانَ الثَّانِي هُوَ الْوَصِيُّ ، كَمَا لَوْ عَزَلَهُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ إِلَى الثَّانِي .

و ٦٥/٦

(١) فِي أ : « النَّسَب » .

فصل : ويجوز أن يُوصى إلى رجل بشيء دون شيء ، مثل أن يُوصى إلى إنسان بتفريق وصيته دون غيرها ، أو بقضاء ديونه ، أو بالنظر في أمر أطفاله حسب ، فلا يكون له غير ما جعل إليه . ويجوز أن يُوصى إلى إنسان بتفريق وصيته ، وإلى آخر بقضاء ديونه ، وإلى آخر بالنظر في أمر أطفاله ، فيكون لكل واحد^(٢) منهم ما جعل إليه دون غيره . ومتى أوصى إليه بشيء ، لم يصبر وصيًا في غيره . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يصير وصيًا في كل ما يملكه الوصي ؛ لأن هذه ولاية تثقل من الأب بموته ، فلا تبعض ، كولاية الجد . ولنا ، أنه استفاد التصرف بالإذن من جهة الآدمي ، / ٦٥/٦ ظ فكان مقصوراً على ما أذن فيه ، كالوكيل ، وولاية الجد ممنوعة . ثم تلك ولاية استفادها بقرابته ، وهي لا تبعض ، والإذن يتبعض ، فافترقا .

فصل : ويجوز أن يُوصى إلى رجلين معاً في شيء واحد ، ويُجعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً ، فيقول : أوصيتُ إلى كل واحد منكما^(٣) أن ينفرد بالتصرف . لأنه جعل كل واحد منهما^(٤) وصياً منفرداً ، وهذا يقتضي تصرفه على الانفرد . وله أن يُوصى إليهما ليتصرفا^(٥) مجتمعين ، وليس لواحد منهما الانفرد بالتصرف ؛ لأنه لم يجعل ذلك إليه ، ولم يرضَ بنظره وحده . وهاتان الصورتان لا أعلمُ فيهما خلافاً . وإن أطلق ، فقال : أوصيتُ إليكما في كذا . فليس لأحدهما الانفرد بالتصرف . وبه قال مالك ، والشافعي . وقال أبو يوسف : له ذلك ؛ لأن الوصية والولاية لا تبعض ، فملك كل واحد منهما الانفرد بها كالأخوين^(٦) في تزويج أختيهما . وقال أبو حنيفة ، ومحمد : يُستحسن على خلاف القياس ، فيبيح أن ينفرد كل واحد منهما بسبعة أشياء : كفن الميت ، وقضاء دينه ، وإنفاذ وصيته ، ورَدِّ الوديعة بعينها ، وشرائه

(٢) سقط من : م .

(٣) في ١ : « منهما » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) سقط من : ١ .

(٦) في م : « كالأخوين » .

مَالاً بَدَلًا لِلصَّغِيرِ مِنْهُ مِنَ الْكُسُوفَةِ وَالطَّعَامِ ، وَقَبُولِ الْهَبَةِ لَهُ ، وَالْخُصُومَةِ عَنْ الْمَيْتِ فِيمَا يُدْعَى لَهُ أَوْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ يَشُقُّ الْاجْتِمَاعُ عَلَيْهَا وَيَضُرُّ تَأْخِيرُهَا ، فَجَازَ الْإِنْفِرَادُ بِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ شَرَكٌ بَيْنَهُمَا فِي التَّنْظِيرِ ، فَلَمْ يَكُنْ لِأَحَدِهِمَا الْإِنْفِرَادُ ، كَالْوَكِيلَيْنِ . وَمَا قَالَهُ أَبُو يُونُسَ نَقُولُ بِهِ ، فَإِنَّهُ جَعَلَ الْوِلَايَةَ إِلَيْهِمَا بِاجْتِمَاعِهِمَا ، فَلَيْسَتْ مُتَبَعُضَةً ، كَمَا لَوَكَّلَ الْوَكِيلَيْنِ ، أَوْ صَرَّحَ لِلْوَصِيِّينَ بِأَنْ لَا يَتَصَرَّفَا إِلَّا مُجْتَمِعَيْنِ . ثُمَّ يَبْتَطُلُ مَا قَالَهُ بِهِاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ ، وَيَبْتَطُلُ مَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ بِهِمَا أَيْضًا . وَإِذَا تَعَذَّرَ اجْتِمَاعُهُمَا ، أَقَامَ الْحَاكِمُ أَمِينًا مُقَامَ الْغَائِبِ .

فصل : فِي مَنْ تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، وَمَنْ لَا (٧) تَصِحُّ ، تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَى الرَّجُلِ الْعَاقِلِ الْمُسْلِمِ الْحُرِّ الْعَدْلِ إِنْجُمًا . وَلَا تَصِحُّ إِلَى مَجْنُونٍ ، وَلَا طِفْلٍ ، وَلَا / وَصِيَّةٌ مُسْلِمٍ إِلَى كَافِرٍ . بَغَيْرِ خِلَافٍ تَعْلُمُهُ ؛ لِأَنَّ الْمَجْنُونِ وَالطِّفْلَ لَيْسَا مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ فِي أُمُورِهِمَا ، فَلَا يَلِيَانِ عَلَى غَيْرِهِمَا ، وَالْكَافِرَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَةِ عَلَى مُسْلِمٍ . وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَى الْمَرْأَةِ فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ شُرَيْحٍ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَإِسْحَاقُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَمْ يُجِزْهُ عَطَاءٌ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَكُونُ قَاضِيَةً ، فَلَا تَكُونُ وَصِيَّةً ، كَالْمَجْنُونِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَوْصَى إِلَى حَفْصَةَ (٨) . وَلِأَنَّهَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ ، فَأُشْبِهَتْ الرَّجُلَ ، وَتُخَالَفُ الْقَضَاءُ ، فَإِنَّهُ يُعْتَبَرُ لَهُ الْكَمَالُ فِي الْخِلْقَةِ وَالْاجْتِهَادِ ، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ . وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَى الْأَعْمَى . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ فِيهِ وَجْهٌ (٩) أَنَّهُ لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، بِنَاءً مِنْهُمْ عَلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ وَلَا شِرَاؤُهُ ، فَلَا يُوجَدُ فِيهِ مَعْنَى الْوِلَايَةِ . وَهَذَا لَا يُسَلِّمُ لَهُمْ ، مَعَ أَنَّهُ يُمَكِّنُهُ التَّوَكُّلَ فِي ذَلِكَ ، وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَالْوِلَايَةِ فِي النِّكَاحِ ، وَالْوِلَايَةِ عَلَى أَوْلَادِهِ الصِّغَارِ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ

٦٦/٦ و

(٧) فِي م : « لَمْ » .

(٨) تَقْدِمُ فِي صَفْحَةِ ٢٠٧ .

(٩) فِي م : « وَجَدَ » .

إليه كالبصير . وأما الصبي العاقل ، فلا أعلم فيه نصاً عن أحمد ، فيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ؛ لَأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَالْإِقْرَارِ ، وَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ إِلَّا بِإِذْنِ ، فَلَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الْوَلَايَةِ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى . وَلَأَنَّهُ مُؤَلَّى عَلَيْهِ ، فَلَا يَكُونُ وَالِيًا ، كَالطِّفْلِ وَالْمَجْنُونِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَهُوَ الصَّحِيحُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ صَحَّةُ الْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ قَدْ نَصَّ عَلَى صَحَّةِ وَكَالَتِهِ . وَعَلَى هَذَا يُعْتَبَرُ أَنْ يَكُونَ قَدْ جَاوَزَ الْعَشْرَ . وَأَمَّا الْكَافِرُ ، فَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ مُسْلِمٍ إِلَيْهِ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَلِي عَلَى مُسْلِمٍ ، وَلَأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَلَا الْعَدَالَةِ ، فَلَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، كَالْمَجْنُونِ وَالْفَاسِقِ . وَأَمَّا وَصِيَّةُ الْكَافِرِ / إِلَيْهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَدْلًا فِي دِينِهِ ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ عَدَمَ الْعَدَالَةِ فِي الْمُسْلِمِ يَمْنَعُ صَحَّةَ الْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ ، فَمَعَ الْكُفْرِ أَوَّلَى . وَإِنْ كَانَ عَدْلًا فِي دِينِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لَأَنَّهُ يَلِي بِالنِّسْبِ ، فَيَلِي الْوَصِيَّةَ ، كَالْمُسْلِمِ . وَالثَّانِي ، لَا تَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ؛ لَأَنَّهُ فَاسِقٌ ، فَلَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، كَفَاسِقِ الْمُسْلِمِينَ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَذَيْنِ . وَأَمَّا وَصِيَّةُ الْكَافِرِ إِلَى الْمُسْلِمِ ، فَتَصِحُّ (١٠) إِذَا لَمْ تَكُنْ (١١) تَرَكْتُهُ خَمْرًا وَلَا (١٢) . خِنْزِيرًا . وَأَمَّا الْعَبْدُ ، فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ : تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، سِوَاءَ كَانَ عَبْدَ نَفْسِهِ أَوْ عَبْدَ غَيْرِهِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ . وَقَالَ النَّخَعِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَابْنُ شُبْرَمَةَ : تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَى عَبْدٍ نَفْسِهِ وَلَا تَصِحُّ إِلَى عَبْدٍ غَيْرِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : تَصِحُّ إِلَى عَبْدٍ نَفْسِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي وَرَثَتِهِ رَشِيدٌ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَى عَبْدٍ بِحَالٍ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَكُونُ وَلِيًّا عَلَى ابْنِهِ بِالنِّسْبِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَلِي الْوَصِيَّةَ ، كَالْمَجْنُونِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَصِحُّ اسْتِنَابَتُهُ فِي الْحَيَاةِ ، فَصَحَّ أَنْ يَوْصَى إِلَيْهِ ، كَالْحُرِّ . وَقِيَاسُهُمْ يَبْطُلُ بِالْمَرَأَةِ . وَالْخِلَافُ فِي الْمَكَاتِبِ وَالْمُدَبِّرِ وَالْمُعْتَقِ بَعْضُهُ كَالْخِلَافِ فِي الْعَبْدِ الْقَيْنِ . وَقَدْ نَصَّ الْحَرَقِيُّ عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ إِلَى أُمِّ وَلَدِهِ جَائِزَةٌ . نَصَّ (١٣) عَلَيْهِ أَحْمَدُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ تَكُونُ

٦٦/٦ ظ

(١٠ - ١١) في م : « إلا أن تكون » .

(١١) في م : « أو » .

(١٢) في م : « وقد نص » .

حُرَّةً عِنْدَ نُفُوذِ الْوَصِيَّةِ مِنْ أَصْلِ الْمَالِ . وَأَمَّا الْفَاسِقُ ، فَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ مَا يُدُلُّ عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ إِلَيْهِ لَا تَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ مَا يُدُلُّ عَلَى صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ ، فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ : إِذَا كَانَ مُتَّهَمًا ، لَمْ تَخْرُجْ مِنْ يَدِهِ . وَقَالَ الْخَرَقِيُّ : إِذَا كَانَ الْوَصِيُّ خَائِنًا ضَمَّ إِلَيْهِ أَمِينٌ . وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ ، وَيَضُمُّ الْحَاكِمُ إِلَيْهِ أَمِينًا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، وَيَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ ، وَعَلَى الْحَاكِمِ عَزْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ بِالْعَقْلِ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، كَالْعَدْلِ ، / وَوَجْهُ الْأُولَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِفْرَادُهُ بِالْوَصِيَّةِ ، فَلَمْ تَجْزِ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، كَالْمَجْنُونِ . وَعَلَى أَى حَنِيفَةٍ ، لَا يَجُوزُ إِفْرَادُهُ عَلَى الْوَصِيَّةِ ، فَأَشْبَهَ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَيُعْتَبَرُ وَجُودُ هَذِهِ الشُّرُوطِ فِي الْوَصِيِّ حَالَ الْعَقْدِ وَالْمَوْتِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ يُعْتَبَرُ حَالَ الْمَوْتِ حَسْبُ ، كَالْوَصِيَّةِ لَهُ . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّهَا شُرُوطُ لِعَقْدٍ ، فَتُعْتَبَرُ حَالَ وَجُودِهِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ . فَأَمَّا الْوَصِيَّةُ لَهُ ، فَهِيَ صَحِيحَةٌ وَإِنْ كَانَ وَارِثًا ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ عَدَمُ الْإِزْثِ ، وَخُرُوجُهَا مِنَ الثَّلَاثِ لِلنُّفُوذِ وَاللُّزُومِ ، فَاعْتَبِرَتْ حَالَةَ اللَّزُومِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا ، فَإِنَّهَا شُرُوطُ لِصِحَّةِ الْعَقْدِ ، فَاعْتَبِرَتْ حَالَةَ الْعَقْدِ ، وَلَا يَنْفَعُ وَجُودُهَا بَعْدَهُ . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، لَوْ كَانَتْ الشُّرُوطُ كُلُّهَا مُتَتَفِئَةً ، أَوْ بَعْضُهَا حَالَ الْعَقْدِ ، ثُمَّ وَجِدَتْ حَالَةَ الْمَوْتِ . لَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ .

فصل : وَإِذَا قَالَ : أَوْصَيْتُ إِلَى زَيْدٍ ، فَإِنْ مَاتَ فَقَدْ أَوْصَيْتُ إِلَى عَمْرٍو . صَحَّ ذَلِكَ ، رِوَايَةً وَاحِدَةً ، وَيَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَصِيًّا ، إِلَّا أَنْ عَمَرًا وَصَّى بِعَدِّ زَيْدٍ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ فِي جَيْشِ مُؤَتَةَ : « أَمِيرُكُمْ زَيْدٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَأَمِيرُكُمْ جَعْفَرٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَأَمِيرُكُمْ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ » ^(١٣) . وَالْوَصِيَّةُ فِي مَعْنَى التَّأْمِيرِ . وَإِنْ قَالَ :

(١٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ غَزْوَةِ مُؤَتَةَ مِنْ أَرْضِ الشَّامِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَغَازِي . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٨١/٥ ، ١٨٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٠٤/١ ، ٢٥٦ ، ٢٩٩/٥ .

أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ ، فَإِذَا كَبِرَ ابْنِي كَانَ وَصِيِّي . صَحَّ ؛ لِذَلِكَ ^(١٤) ، فَإِذَا كَبِرَ ابْنُهُ صَارَ وَصِيَّهُ . وَعَلَى هَذَا لَوْ قَالَ : وَصَيْتُ لَكَ ^(١٥) ، فَإِنْ تَابَ ابْنِي عَنْ فِسْقِهِ ، أَوْ قَدِمَ مِنْ غَيْبَتِهِ ، أَوْ صَحَّ مِنْ مَرَضِهِ ، أَوْ اشْتَغَلَ بِالْعِلْمِ ، أَوْ صَالَحَ أُمَّهُ ، أَوْ رَشَدَ ، فَهُوَ وَصِيِّي . صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، وَيَصِيرُ وَصِيًّا عِنْدَ وُجُودِ هَذِهِ الشُّرُوطِ .

٩٨٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ الْوَصِيُّ مُحَائِنًا ، جُعِلَ مَعَهُ أَمِينٌ)

ظَاهَرُ هَذَا صَحَّةُ الْوَصِيَّةِ إِلَى الْفَاسِقِ ، وَيُضْمُّ إِلَيْهِ أَمِينٌ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ عَدُوًّا فَتَغَيَّرَتْ حَالُهُ إِلَى الْخِيَانَةِ لَمْ يَخْرُجْ مِنْهَا ، وَيُضْمُّ إِلَيْهِ أَمِينٌ . وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ نَحْوَ ذَلِكَ . قَالَ : إِذَا كَانَ الْوَصِيُّ مُتَّهَمًا ، لَمْ يَخْرُجْ / مِنْ يَدِهِ . وَنَقَلَ الْمَرْوُذِيُّ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ أَوْصَى لِرَجُلَيْنِ ، لَيْسَ أَحَدُهُمَا بِمَوْضِعٍ لِلْوَصِيَّةِ ^(١) ، فَقَالَ لِلْآخَرِ ^(٢) : أَعْطِنِي . لَا يُعْطِيهِ شَيْئًا ، لَيْسَ هَذَا بِمَوْضِعٍ لِلْوَصِيَّةِ . فَقِيلَ لَهُ : أَلَيْسَ الْمَرِيضُ قَدْ رَضِيَ بِهِ ؟ فَقَالَ : وَإِنْ رَضِيَ بِهِ . فَظَاهَرُ هَذَا إِبْطَالُ الْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ . وَحَمَلَ الْقَاضِي كَلَامَ الْخِرَقِيِّ وَكَلَامَ أَحْمَدَ فِي إِبْقَائِهِ فِي الْوَصِيَّةِ ، عَلَى أَنَّ خِيَانَتَهُ طَرَأَتْ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ خِيَانَتُهُ مُوجُودَةً حَالَ الْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ ، لَمْ تَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَوَلِّيَةُ الْخَائِنِ عَلَى يَتِيمٍ فِي حَيَاتِهِ ، فَكَذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ ، وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ وَلَايَةٌ وَأَمَانَةٌ ، وَالْفَاسِقُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِمَا . فَعَلِيَ هَذَا ، إِذَا كَانَ الْوَصِيُّ فَاسِقًا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَنْ لَا وَصِيَّ لَهُ ، وَيَنْظَرُ فِي مَالِهِ الْحَاكِمُ . وَإِنْ طَرَأَ فِسْقُهُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ ، زَالَتْ وَلَايَتُهُ ، وَأَقَامَ الْحَاكِمُ مُقَامَهُ أَمِينًا . هَذَا اخْتِيَارُ الْقَاضِي . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ . وَعَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ :

(١٤) فِي ١ : « ذَلِكَ » .

(١٥) فِي ١ : « إِلَيْكَ » .

(١) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « الْوَصِيَّةُ » .

(٢) فِي ١ : « الْآخَرُ » .

لا تزول ولايته ، ويضم إليه أمين ينظر معه . ورؤى ذلك عن الحسين ، وابن سيرين ؛ لأنه أمكن حفظ المال بالأمين ، وتخصيل نظر الوصي بإبقائه في الوصية ، فيكون جمعاً بين الحقيقتين . وإن لم يمكن حفظ المال بالأمين ، تعين إزالة يد الفاسق الخائن وقطع تصرفه ؛ لأن حفظ المال على اليتيم أولى من رعاية قول الموصي الفاسد . وأما التفريق بين الفسق الطارئ وبين المقارين ، فبعيد ؛ فإن الشروط تعتبر في الدوام ، كاعتبارها في الابتداء ، سيما إذا كانت لمعنى يحتاج إليه في الدوام ، ولو لم يكن بد من التفريق ، لكان اعتبار العدالة في الدوام أولى ، من قبل أن الفسق إذا كان موجوداً حال الوصية ، فقد رضى به الموصي ، مع علمه بحاله ، وأوصى إليه راضياً بتصرفه مع فسقه ، فيشعر ذلك بأنه علم أن عنده من الشفقة على اليتيم ما يمنعه من التفريط فيه وخيانته في ماله ، بخلاف ما إذا طرأ الفسق ، فإنه لم يرض / به على تلك الحال ، والاعتبار برضاه ، ألا ترى أنه لو أوصى إلى واحد ، جازله التصرف وحده ، ولو وصى إلى اثنين ، لم يجز للواحد التصرف .

٦٨/٦ و

فصل : وأما العدل الذي يعجز عن النظر ، لعلية أو ضعف ، فإن الوصية تصح إليه ، ويضم إليه الحاكم أميناً ، ولا يزال يده عن المال ، ولا نظره ؛ لأن الضعيف أهل للولاية والأمانة ، فصحت الوصية إليه . وهكذا إن كان قوياً ، فحدث فيه ضعف أو علة ، ضم الحاكم إليه يداً أخرى ، ويكون الأول هو الوصي دون الثاني ، وهذا معاون ؛ لأن ولاية الحاكم إنما تكون عند عدم الوصي . وهذا قول الشافعي ، وأبي يوسف . ولا (٣) أعلم لهما مخالفاً .

فصل : وإذا تغيرت حال الوصي بجنون ، أو كفر ، أو سفه ، زالت ولايته ، وصار كائنه لم يوص إليه ، ويرجع الأمر إلى الحاكم ، فيقيم أميناً ناظر للميت في أمره وأمر أولاده من بعده ، كما لو لم يخلف وصياً . وإن تغيرت حاله بعد الوصية وقبل

(٣) في الأصل : « ولم » .

الموت ، ثم عادَ فكانَ عندَ الموتِ جامعاً لشروطِ الوَصِيَّةِ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ إليه ؛ لأنَّ الشروطَ موجودةٌ حالَ العَقْدِ والموتِ ، فصَحَّتِ الوَصِيَّةُ ، كما لو لم تتغيَّر حاله . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَبْطُلَ ؛ لأنَّ كُلَّ حالةٍ منها حالةٌ لِلْقَبُولِ والرَّدِّ ، فاعتُبرتِ الشروطُ فيها . فأما إن زالت بعد الموتِ ، فأنعزلَ ، ثم عادَ ، فكمَّلَ الشروطَ ، لم تُعَدَّ وَصِيَّةً ؛ لأنَّها زالت ، فلا تعودُ إلا بعقدٍ جديدٍ .

فصل : ويصحُّ قبولُ الوَصِيَّةِ ورُدُّها في حياةِ الموصي ؛ لأنَّها إذن في التَّصَرُّفِ ، فصَحَّ قبولُه بعدَ العقدِ ، ^(٤) كالوكيلِ ، بخلافِ الوَصِيَّةِ له ، فإنَّها تملكُ في وقتٍ ، فلم يصحَّ القَبُولُ قبلَ الوقتِ . ويجوزُ تأخيرُ القَبُولِ إلى ما بعدَ الموتِ ؛ لأنَّها نوعٌ وَصِيَّةٍ ، فصَحَّ قبولُها بعدَ الموتِ ، كالوصِيَّةِ له ، ومتى قَبِلَ صارَ وصِيًّا ، وله عَزْلُ نفسه متى شاءَ ، مع القدرة والعجزِ ، في حياةِ الموصي وبعدَ موته ، / بمَشْهَدٍ منه وفي غَيْبَتِهِ . ٦٨/٦ ظ

وهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفة : لا يجوزُ له ذلك بعدَ الموتِ بحالٍ ، ولا يجوزُ في حياته إلا بحضرتِه ؛ لأنَّه غَرَّه بالتزامِ وَصِيَّتِهِ ، ومنعه بذلك الإيصاءُ إلى غيره . وذكر ابنُ أبي موسى ، في « الإرشادِ » روايةً عن أحمدَ ، ليس له عَزْلُ نفسه بعدَ الموتِ لذلك . ولنا ، أنَّه مُتَصَرِّفٌ بالإذْنِ ، فكانَ له عَزْلُ نفسه ، كالوكيلِ .

فصل : ويجوزُ أن يجعلَ للموصي جُعَلًا ؛ لأنَّها بمنزلةِ الوَكَالَةِ ، والوكالةُ تجوزُ بجعلٍ ، فكذلك الوَصِيَّةُ . وقد نقلَ إسحاقُ بنُ إبراهيمَ ، في الرجلِ يُوصي إلى الرجلِ ، ويجعلُ له دراهمَ مُسَمَّاةً ، فلا بأسَ . ومُقاسَمَةُ الوَصِيِّ ^(٥) الموصى له جائزةٌ على الورثةِ ؛ لأنَّه نائبٌ عنهم ، ومُقاسَمَتُهُ للورثةِ على الموصى له لا تجوزُ ؛ لأنَّه ليس بنائبٍ عنه .

(٤ - ٤) في م : « كالوكيل » .

(٥) في م : « الموصى » .

فصل: وإذا أوصى إلى رجل ، وأذن له أن يوصى إلى من يشاء ، نحو أن يقول (٦) :
أَذِنْتُ لَكَ أَنْ تُوصِيَ إِلَى مَنْ شِئْتَ ، أَوْ كُلَّ مَنْ أَوْصَيْتَ إِلَيْهِ فَقَدْ أَوْصَيْتَ إِلَيْهِ ، أَوْ فَهُوَ
وَصِيٌّ . صحَّ ، وله أن يوصى إلى من شاء ؛ لَأَنَّهُ رَضِيَ بِاجْتِهَادِهِ وَاجْتِهَادِ مَنْ يَرَاهُ ،
فَصَحَّ ، كَالْوَصِيِّ إِلَيْهِمَا مَعًا . وهذا قول أكثر أهل العلم . وحكى عن الشافعي أَنَّهُ
قَالَ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ : ليس له أن يوصى ؛ لَأَنَّهُ يَلِي بِتَوَلَّيْهِ ، فلا يصحُّ أَنْ يُوصَى ،
كَالْوَكِيلِ . ولنا ، أَنَّهُ مَا ذُنَّ لَهُ فِي الْإِذْنِ فِي التَّصَرُّفِ ، فجازَ له أَنْ يَأْذَنَ لِغَيْرِهِ ، كالوكيل
إِذَا أَمَرَ بِالتَّوَكِيلِ ، والوكيلُ حُجَّةٌ عَلَيْهِ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ . فَأَمَّا إِنْ أَوْصَى إِلَيْهِ ،
وَأُطْلِقَ ، وَلَمْ يَأْذَنَ لَهُ فِي الْإِبْصَاءِ وَلَا نَهَاهُ (٧) عنه ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، له أن
يُوصِيَ إِلَى غَيْرِهِ . وهو قول مالك ، وأبي حنيفة ، والثوري ، وأبي يوسف ؛ لِأَنَّ الْأَبَ
أَقَامَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ ، فَكَانَ لَهُ الْوَصِيَّةُ ، كَالْأَبِ . والثانية ، ليس له ذلك . وهو اختيار
أبي بكر . ومذهب الشافعي ، وإسحاق . وهو الظاهرُ مِنْ مَذْهَبِ الْخِرَقِيِّ ؛ لقوله
ذَلِكَ فِي الْوَكِيلِ (٨) ؛ / لَأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ (٩) بِتَوَلَّيْهِ ، فلم يَكُنْ لَهُ التَّفْوِيضُ ، كالوكيل ،
وَيُخَالِفُ الْأَبَ ؛ لَأَنَّهُ يَلِي بِغَيْرِ تَوَلَّيَةٍ .

و ٦٩/٦

٩٨٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَا وَصِيَّيْنِ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمَا ، أُقِيمَ مَقَامُ الْمَيِّتِ
أَمِينٌ)

وجملة ذلك ، أَنَّهُ يَجُوزُ لِلرَّجُلِ الْوَصِيَّةُ إِلَى اثْنَيْنِ ، فَمَتَى أَوْصَى إِلَيْهِمَا مُطْلَقًا ، لم يَجْزُ
لِوَحِدٍ مِنْهُمَا الْإِنْفِرَادُ بِالتَّصَرُّفِ ، فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا ، أَوْ جُنَّ ، أَوْ وَجَدَ مِنْهُ مَا يُوجِبُ
عَزْلَهُ ، أَقَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ أَمِينًا ؛ لِأَنَّ الْمُوصِيَّ لَمْ يَرْضَ بِنَظَرِ هَذَا الْبَاقِي مِنْهُمَا وَحْدَهُ .

(٦) في الزيادة : « قد » .

(٧) في ١ ، م : « ينه » .

(٨) في ١ : « التوكيل » .

(٩) في الأصل : « تصرف » .

فإن أراد الحاكم ردَّ النظر إلى الباقي منهما ، لم يكن له ذلك . وذكر أصحاب الشافعي وجهًا في جوازِه ؛ لأنَّ النَّظَرَ لو كان له لِمَوْتِ الْمُوصِي عن غير وَصِيَّةٍ ، كان له رَدُّه إلى واحدٍ ، كذلك هُنَا ، فَيَكُونُ نَظَرًا بِالْوَصِيَّةِ مِنَ الْمُوصِي ، والأمانة من جِهَةِ الحاكم . ولنا ، أنَّ الْمُوصِي لم يَرْضَ بِتَصَرُّفِ هَذَا وَحْدَهُ ، فَوَجَبَ ضَمُّ غَيْرِهِ إِلَيْهِ ؛ لأنَّ الْوَصِيَّةَ مُقَدِّمَةً عَلَى نَظَرِ الحاكم واجتهاده . وإن تغيَّرت حالهما جميعًا بمَوْتِ أو غيره ، فَلِلْحَاكِمِ أَنْ يَنْصِبَ مَكَانَهُمَا . وهل له نَصْبُ واحدٍ ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، له ذلك ؛ لأنَّه لَمَّا عُدِمَ الْوَصِيَّانِ ، صارَ الأمرُ إلى الحاكم بِمَنْزِلَةِ مَا لَمْ يُوصَ ، ولو لم يُوصَ لا كُفِّيَ بواحدٍ ، كَذَا هُنَا . ويُفَارَقُ مَا إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا حَيًّا ؛ لأنَّ الْمُوصِي بَيِّنٌ أَنَّهُ لَا يَرْضَى بِهَا وَحْدَهُ ، بخلاف ما إِذَا ماتَا معًا . والثاني ، لا يجوزُ أَنْ يَنْصِبَ إِلَّا اثْنَيْنِ ؛ لأنَّ الْمُوصِي لم يَرْضَ بواحدٍ ، فلم يَقْتَنِعْ بِهِ ، كما لو كان أَحَدُهُمَا حَيًّا . فأما إِنْ جَعَلَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا التَّصَرُّفَ مُنْفَرِدًا ، فمات أَحَدُهُمَا أو خَرَجَ مِنَ الْوَصِيَّةِ ، لم يكن لِلْحَاكِمِ أَنْ يُقِيمَ مُقَامَهُ أَمِينًا ؛ لأنَّ الْبَاقِيَ مِنْهُمَا لَهُ النَّظَرُ بِالْوَصِيَّةِ ، فلا حاجةَ إلى غيره . وإن ماتَا معًا ، أو خَرَجَا عَنِ الْوَصِيَّةِ ، فَلِلْحَاكِمِ أَنْ يُقِيمَ وَاحِدًا يَتَصَرَّفُ . وإن تغيَّرت حالُ أَحَدِ الْوَصِيَّيْنِ تَغْيِيرًا لَا يَزِيلُهُ عَنِ الْوَصِيَّةِ ، كَالْعَجْزِ عَنْهَا الضَّعْفُ أَوْ عِلَّةٌ وَنَحْوُ ذَلِكَ ، وَكَانَا مَمَّنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا التَّصَرُّفُ مُنْفَرِدًا ، فليس لِلْحَاكِمِ / أَنْ يَضُمَّ إِلَيْهَا أَمِينًا ؛ لأنَّ الْبَاقِيَ مِنْهُمَا يَكْفِي ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْبَاقِي مِنْهُمَا يَعْجُزُ عَنِ التَّصَرُّفِ وَحْدَهُ ^(١) ؛ لكثرة العمل ونحوه ، فله أَنْ يُقِيمَ أَمِينًا . وإن كَانَا ^(٢) مَمَّنْ لَيْسَ لِأَحَدِهِمَا التَّصَرُّفُ عَلَى الْإِثْرَادِ ، فعلى الحاكم أَنْ يُقِيمَ مُقَامَ مَنْ ضَعُفَ عَنْهَا أَمِينًا ، يَتَصَرَّفُ مَعَهُ عَلَى كُلِّ حَالٍ ، فَيَصِيرُونَ ثَلَاثَةً ؛ الْوَصِيَّانِ وَالْأَمِينُ مَعَهُمَا ، وَ[لَيْسَ] ^(٣) لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا التَّصَرُّفُ وَحْدَهُ .

٦٩/٦ ظ

(١) في الأصل : « عنده » .

(٢) في ١ ، م : « كان » .

(٣) تكملة يصح بها السياق . وفي حاشية م إشارة إلى هذا .

فصل : وإذا اختلف الوصيان عند من يجعل المال^(٤) منهما ، لم يجعل عند واحد منهما ، ولم يقسم بينهما ، وجعل في مكان تحت أيديهما جميعاً ؛ لأن الموصى لم يأمن أحدهما على حفظه ، ولا التصرف فيه . وقال مالك : يجعل عند أعدلهما . وقال أصحاب الرأي : يقسم بينهما . وهو المنصوص عن الشافعي ، إلا أن أصحابه اختلفوا في مراده بكلامه ؛ فقال بعضهم : إنما أراد إذا كان كل واحد منهما موصى إليه على الانفرد . وقال بعضهم : بل هو عام فيهما . ولنا ، أن حفظ المال من جملة الموصى به ، فلم يجز لأحدهما الانفرد به ، كالتصرف . ولأنه لو جاز لكل واحد منهما أن يتفرد بحفظ بعضه ، لجاز له أن يتفرد بالتصرف في بعضه .

فصل : لا بأس بالدخول في الوصية ، فإن الصحابة ، رضى الله عنهم ، كان بعضهم يوصى إلى بعض ، فيقبلون الوصية ، فروى عن أبي عبيدة ، أنه لما عبر الفرات أوصى إلى عمر . وأوصى إلى الزبير ستة من أصحاب رسول الله ﷺ ؛ عثمان ، وابن مسعود ، والمقداد ، وعبد الرحمن بن عوف ، ومطيع بن الأسود ، وآخر . وروى عن ابن عمر أنه كان وصياً لرجل . وفي وصية ابن مسعود : إن حدث بي حادث الموت من مرضي هذا ، أن مرجع وصيتي إلى الله سبحانه ، ثم إلى الزبير بن العوام ، وإني عبد الله^(٥) . ولأنها وكالة وأمانة ، فأشبهت الوديعة والوكالة في الحياة . وقياس مذهب أحمد أن ترك الدخول فيها أولى ؛ لما فيها من الخطر ، وهو لا يعدل بالسلامة شيئاً ، ولذلك كان يرى / ترك الالتقاط ، وترك الإحرام قبل الميقات أفضل ، تحريراً للسلامة ، واجتناباً للخطر . وقد روى حديث يدل على ذلك ، وهو ما روى أن النبي ﷺ قال لأبي ذر : « إني أراك ضعيفاً ، وإني أحب لك ما أحب لنفسي ، فلا تأمرن

٧٠/٦ و

(٤) سقط من : ١ .

(٥) تقدم في صفحة ٤٧٣ .

عَلَى اثْنَيْنِ ، وَلَا تَوَلَّيْنِ مَالَ يَتِيمٍ » . أخرجه مسلم ^(٦) .

فصل : فإن مات رجل لا وصى له ، ولا حاكم في بلده ، فظاهر كلام أحمد ، رحمه الله ، أنه يجوز لرجل من المسلمين أن يتولّى أمره ، ويبيع مازعت الحاجة إلى بيعه ، فإن صالحاً نقل عنه ، في رجل بأرض غربية ، لا قاضي بها ، مات وخلف جوارى ومالاً أثرى لرجل من المسلمين يبيع ذلك ؟ فقال : أمّا المنافع والحيوان ، فإن اضطرروا إلى بيعه ، ولم يكن قاضٍ ، فلا بأس ، وأمّا الجوارى فأحبُّ إلى أن يتولّى بيعهنَّ حاكمٌ من الحكّام . وإنما توقّف عن بيع الإمام على طريق الاختيار احتياطاً ؛ لأنَّ بيعهنَّ يتضمن إباحة فرج ، وأجاز بيع ذلك ؛ لأنّه موضع ضرورة .

فصل : وإذا وصّى إليه بتفريق مالٍ ، لم يكن له أخذ شيء منه . نصّ عليه أحمد ، فقال : إذا كان في يده مالٌ للمساكين ، وأبواب البرِّ ، وهو يحتاج إليه ، فلا يأكل منه شيئاً ، إنّما أمر بتفريقه . وهذا قال مالك ، والشافعي . وقال أبو ثور ، وأصحاب الرأى : إذا قال الموصى : جعلت لك أن تضع ثلثي حيث شئت ، أو حيث رأيت . فله أخذه لنفسه وولده . ويحتمل أن يجوز ذلك عندنا ؛ لأنّه يتناول لفظ الموصى . ويحتمل أن ينظر إلى قرائن الأحوال ، فإن دلّت على أنّه أراد أخذه منه ، مثل أن يكون من جملة المستحقين الذين يصرف إليهم ذلك ، أو عادته الأخذ من مثله ، فله الأخذ منه ، وإلا فلا . ويحتمل أن له إعطاء ولده وسائر أقاربه إذا كانوا مستحقين دون نفسه ؛ لأنّه مأمور بالتفريق ، وقد فرق في من يستحق ، فأشبهه ماله ودفع إلى أجنبي . / ولنا ، أنّه تمليكٌ ملكه بالإذن ، فلا يجوز أن يكون قابلاً ، كما لو وكلّه في بيع سلعة ، لم يجز له بيعها من نفسه .

٧٠/٦ ظ

(٦) في : باب كراهة الإمارة بغير ضرورة ، من كتاب الإمارة : صحيح مسلم ١٤٥٨/٣ .
كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في الدخول في الوصايا ، من كتاب الوصايا . سنن أبي داود ١٠٢/٢ .
والنسائي ، في : باب النهي عن الولاية على مال اليتيم ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٢١٤/٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٨٠/٥ .

فصل : وإن وصّى إليه بتفريق ثلثه ، فأبى الورثة^(٧) إخراج ثلث ما في أيديهم ، ففيه^(٨) روايتان ؛ إحداهما ، يُخرجُ الثلثَ كلّه ممّا في يده . نقلها أبو طالب ؛ لأنّ حقّ الموصّى له متعلّق بأجزاء التركة ، فجاز أن يدفع إليه ممّا في يده ، كما يدفع إلى بعض الورثة . والأخرى ، يدفع إليه ثلث ما في يده ، ولا يُعطيهم شيئاً ممّا في يده حتى يُخرجوا ثلث ما في أيديهم . نقلها أبو الحارث ؛ لأنّ صاحب الدين إذا كان للمدين في يديه مالٌ ، لم يملك استيفاءه ممّا في يديه ، كذا ههنا . ويمكن حمل الروايتين على اختلاف حالين ، فالرواية الأولى محمولة على ما إذا كان المال جنساً واحداً ، فللموصّى أن يُخرج الثلثَ كلّه ممّا في يديه ؛ لأنّه لا فائدة في انتظار إخراجهم ممّا في أيديهم ، مع اتحاد الجنس . والرواية الثانية محمولة على ما إذا كان المال أجناساً ، فإنّ الوصية تتعلّق بثلث كلّ جنس ، فليس له أن يُخرج عوضاً عن ثلث ما في أيديهم ممّا في يده ؛ لأنّه معاوضة لا تجوز إلّا برضاهم ، والله أعلم .

فصل : إذا علم الوصى أن على الميت ديناً ، إمّا بوصية الميت أو غيرها ، فقال أحمد : لا يقضيه إلّا بينة . قيل له : فإن كان ابن الميت يصدّقه ؟ قال : يكون ذلك في حصّة من أقرّ بقدر حصّته . وقال في من استودع رجلاً ألف درهم ، وقال : إن أنا ميت ، فادفعها إلى ابني الكبير . وله ابنان ، أو قال : ادفعتها إلى أجنبي . فقال : إن دفعها إلى أحد الابنين ، ضمن للأخر قدر حصّته ، وإن دفعها إلى الآخر ، ضمن . ولعلّ هذا من أحمد فيما إذا لم يصدّق الورثة الوصى ، ولم يُقرّوا ، فلا يُقبَلُ قوله عليهم ، وليس له الدّفعُ بغير إذنهم ؛ لأنّ قوله أقرّ عندي وأذن لي ، إثبات ولاية ، فلا يُقبَلُ قوله فيه ، ولا شهادته ؛ لأنّه يشهد لنفسه بالولاية . / وقد نقل أبو داود ، في رجل أوصى أن لفلان على كذا ، يتبّع للوصى أن يُنفذه ، ولا يحلّ له إن لم يُنفذه^(٩) . فهذه المسألة محمولة

٧١/٦ و

(٧) سقط من : ا ، ب ، م .

(٨) في م : « ففته » .

(٩) في ا ، م : « ينفذ » .

على أن الورثة يُصدّقون الوصي أو المدعى ، أو له بيّنة بذلك ، جمعاً بين الروايتين ، وموافقةً للدليل . قيل لأحمد : فإن علم الموصى إليه لرجل حقاً على الميت ، فجاء الغريم يطالب الوصي ، وقدمه إلى القاضى ليستحلفه أن مالى فى يدك حق . فقال : لا يحلف . ويُعلم القاضى بالقضية ، فإن أعطاه القاضى فهو أعلم . فإن ادعى رجل ديناً على الميت ، وأقام به بيّنة ، فهل يجوز للوصي قبولها ، وقضاء الدين بها ، من غير حضور حاكم ؟ فكلأحمد يدل على روايتين ؛ إحداهما ، قال : لا يجوز الدفع إليه بدعواه ، إلا أن تقوم البيّنة . فظاهر هذا أنه جَوَزَ الدَّفْعَ بِالْبَيِّنَةِ من غير حُكْمٍ ^(١٠) حاكم . لأن البيّنة له حُجَّةٌ . وقال فى موضع آخر : إلا أن يُثَبِّتَ بيّنة ^(١١) عند الحاكم بذلك ، فأمّا إن صدّقهم الورثة على ذلك . قيل ؛ لأنه إقرار منهم على أنفسهم .

٩٨٨ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ ، أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِ ، عَبْدَيْنِ ، لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُمَا ، وَقِيَمَةُ أَحَدِهِمَا مِائَتَانِ ، وَالْآخَرِ ثَلَاثُمِائَةٍ ، فَلَمْ يُجِزِ الْوَرَثَةُ ، أَقْرِغَ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ وَقَعَتِ الْقُرْعَةُ عَلَى الَّذِي قِيَمَتُهُ مِائَتَانِ ، عَتَقَ مِنْهُ خُمُسَةُ أُسْدَاسِهِ ، وَهُوَ ثُلُثُ الْجَمِيعِ . وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْآخَرِ ، عَتَقَ مِنْهُ خُمُسَةُ أُثْسَاعِهِ ؛ لِأَنَّ جَمِيعَ مِلْكِ الْمَيِّتِ خُمُسُمِائَةُ دِرْهَمٍ ، وَهُوَ قِيَمَةُ الْعَبْدَيْنِ ، فَضَرْبُ فِى ثَلَاثَةٍ ، فَأَخَذَ ثُلُثَهُ خُمُسُمِائَةٍ . فَأَمَّا إِنْ وَقَعَتِ الْقُرْعَةُ عَلَى الَّذِي قِيَمَتُهُ مِائَتَانِ ، ضَرْبَانَا فِى ثَلَاثَةٍ ، فَصِيرْنَاهُ سِتْمِائَةٍ ، فَصَارَ الْعِتْقُ مِنْهُ خُمُسَةُ أُسْدَاسِهِ . وَكَذَلِكَ يُفْعَلُ فِى الْآخَرِ إِذَا وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ . وَكُلُّ شَيْءٍ يَأْتِى مِنْ هَذَا الْبَابِ فَسِيْلُهُ أَنْ يُضْرَبَ فِى ثَلَاثَةٍ ، لِيُخْرَجَ بِلَا كَسْرِ)

هذه المسألة دالّة على أحكام أربعة ؛ منها أن حكم العتق فى مرض الموت حكم

(١٠) سقط من : م .

(١١) فى ١ ، م : « بيّنة » .

الْوَصِيَّةُ ، لَا يَجُوزُ مِنْهُ إِلَّا (١) ثُلُثُ / الْمَالِ (١) ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَهُ الْوَرِثَةُ . وَهَذَا قَوْلُ جُمْهُورِ
 الْفُقَهَاءِ . وَحُكِيَ عَنْ مَسْرُوقٍ ، فِي مَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ :
 أَجِيزُهُ بِرُمَّتِهِ ، شَيْءٌ جَعَلَهُ اللَّهُ لَا أَرُدُّهُ (٢) . وَهَذَا قَوْلٌ شَاذٌ يُخَالِفُ الْأَثَرَ وَالنَّظَرَ ، فَإِنَّهُ
 قَدْ صَحَّ عَنْ عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ ، أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ أَعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبِيدٍ عِنْدَ مَوْتِهِ ، لَمْ
 يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ ، فَدَعَاهُمُ النَّبِيُّ ﷺ ، فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ ، وَأَرْقَى أَرْبَعَةً .
 وَقَالَ لَهُ قَوْلًا شَدِيدًا . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ (٣) . وَلَأَنَّهُ تَبَرَّعَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ فَأَشْبَهَ
 سَائِرَ الْعَطَايَا وَالصَّدَقَاتِ . الثَّانِي ، أَنَّ الْعِتْقَ إِذَا كَانَ فِي أَكْثَرِ مِنْ وَاحِدٍ ، وَلَمْ يَحْمِلْهُمْ
 الثُّلُثُ ، كَمَلْنَا الثُّلُثَ فِي وَاحِدٍ بِالْقُرْعَةِ ، وَإِنْ كَانُوا جَمَاعَةً كَمَلْنَا الْعِتْقَ فِي بَعْضِهِمْ
 بِالْقُرْعَةِ ، بِدَلِيلِ حَدِيثِ عِمْرَانَ (٤) بْنِ حُصَيْنٍ (٥) الْمَذْكُورِ . الثَّالِثُ ، أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَخْرُجْ مِنَ
 الثُّلُثِ إِلَّا جُزْءٌ مِنْ عَبْدٍ ، عَتَقَ ذَلِكَ الْجُزْءَ خَاصَّةً ، وَرَقَّ بَاقِيهِ ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ فِي
 الْعِتْقِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . الرَّابِعُ ، إِبْثَابُ الْقُرْعَةِ وَمَشْرُوعِيَّتُهَا ؛ بِدَلِيلِ حَدِيثِ
 عِمْرَانَ ، وَفِعْلِ النَّبِيِّ ﷺ فِي الْأَعْبِيدِ الَّذِينَ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ . فَأَمَّا كَيْفِيَّةُ تَكْمِيلِ الْعِتْقِ ، فَإِنَّ
 الْعَبِيدَ إِنْ تَسَاوَتْ قِيَمَتُهُمْ ، وَكَانَ لَهُمْ ثُلُثٌ صَحِيحٌ ، كِسْتَةِ أَعْبِيدٍ ، قِيَمَةُ كُلِّ اثْنَيْنِ مِنْهُمْ
 ثُلُثُ الْمَالِ ، جَعَلْنَا كُلَّ اثْنَيْنِ مِنْهُمْ (٥) ثُلُثًا ، وَأَقْرَعْنَا بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ ، وَسَهْمِي رِقٍّ ،
 كَمَا فَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ ، فَالَّذَانِ يَقَعُ لِهَمَا سَهْمُ الْحُرِّيَّةِ يَعْتَقَانِ ، وَيَرِيقُ الْآخَرُونَ . وَإِنْ كَانَ
 فِيهِمْ كَسْرٌ ، كَمَسْأَلَةِ الْخَرْقِيِّ ، أَقْرَعْتَ بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ ، فَإِيَهُمَا وَقَعَتْ عَلَيْهِ قُرْعَةُ
 الْحُرِّيَّةِ ، ضَرَبْتَ قِيَمَتَهُ فِي ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ ، فَهَمَا (٦) بَلَغَ نُسْبَتَ إِلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَبْدَيْنِ
 جَمِيعًا ، فَهَمَا خَرَجَ بِالنُّسْبَةِ ، فَهُوَ الْقَدْرُ الَّذِي يَعْتَقُ مِنْهُ . فَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، إِذَا وَقَعَتْ

(١ - ١) فِي ١ : الثُّلُثُ .

(٢) فِي م : إِرَادَةُ .

(٣) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٣٩٥ .

(٤ - ٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٦) فِي ١ ، م : فَمَا .

الْقُرْعَةُ عَلَى الذِي قِيمَتُهُ مِائَتَانِ ، ضَرَبَتْهَا فِي ثَلَاثَةِ ، صَارَتْ ^(٧) سِتِّمِائَةٍ ، وَنَسَبَتْ مِنْهَا قِيمَةَ الْعَبْدَيْنِ مَعًا ، وَهِيَ خَمْسُمِائَةٍ ، تَجِدُهَا خَمْسَةُ أَسْدَاسِهَا ، فَيُعْتَقُ مِنْهُ خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ . وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى / الْآخِرِ ، عَتَقَ خَمْسَةَ أَتْسَاعِهِ . وَتَمَامُ شَرْحِ ذَلِكَ يَأْتِي فِي بَابِ الْعِتْقِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

٩٨٩ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا أَوْصَى بِعَبْدٍ مِنْ عِبِيدِهِ لِرَجُلٍ ، وَلَمْ يُسَمِّ الْعَبْدَ ، كَانَ لَهُ أَحَدُهُمْ بِالْقُرْعَةِ ، إِذَا كَانَ يَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَالْأَمْلَكُ مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلَاثِ) وَجَمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْوَصِيَّةَ بَغَيْرِ مُعَيَّنٍ ، كَعَبْدٍ مِنْ عِبِيدِهِ ، وَشَاةٍ مِنْ غَنَمِهِ ، تَصَحُّ . وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْمَجْهُولِ تَصَحُّ فِيمَا مَضَى . وَبِهِ يَقُولُ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَاخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ فِيمَا يَسْتَحِقُّهُ الْمُوصَى لَهُ ، فُرِوِي أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ أَحَدَهُمْ بِالْقُرْعَةِ ، وَيُشَبِّهُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُ إِسْحَاقَ . وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ ، أَنَّهُ يُعْطَى أَحْسَنَهُمْ . يَعْنِي يُعْطِيهِ الْوَرِثَةُ مَا أَحَبُّوا مِنَ الْعَبِيدِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ مَالِكٌ قَوْلًا يَقْتَضِي أَنَّهُ إِذَا أَوْصَى بِعَبْدٍ ، وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَعْبِيدَ ، فَلَهُ ثَلَاثُهُمْ . وَإِنْ كَانُوا أَرْبَعَةً فَلَهُ رُبُعُهُمْ ، فَإِنَّهُ قَالَ : إِذَا أَوْصَى بِعَشْرٍ مِنْ إِبِلِهِ ، وَهِيَ مِائَةٌ ، يُعْطَى عَشْرُهَا ، وَالتَّخْلُ ، وَالرَّقِيقُ ، وَالدَّوَابُّ عَلَى ذَلِكَ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُعْطَى عَشْرَةٌ بِالْعَدَدِ ؛ لِأَنَّهُ الذِي تَنَاطَلَهُ لَفْظُهُ ، وَلَفْظُهُ هُوَ الْمُفْتَضَى ، فَلَا يُعَدَّلُ عَنْهُ ، وَلَكِنْ يُعْطَى وَاحِدًا بِالْقُرْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ وَاحِدًا غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، فَلَيْسَ وَاحِدًا بِأُولَى مِنْ وَاحِدٍ ، فَوَجِبَ الْمَصِيرُ إِلَى الْقُرْعَةِ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ وَاحِدًا مِنْهُمْ . وَعَلَى مَا نَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ ، يُعْطِيهِ الْوَرِثَةُ مِنْ عِبِيدِهِ مَا شَاءُوا ، مِنْ صَحِيحٍ أَوْ مَعْيِبٍ ، جَيِّدٍ أَوْ رَدِيءٍ ؛ لِأَنَّهُ يَتَنَاطَلُ اسْمُ الْعَبْدِ ، فَأَجْزَأُ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لَهُ بِعَبْدٍ وَلَمْ يُضَيِّفْهُ إِلَى عِبِيدِهِ . وَإِنْ لَمْ ^(٨) يَكُنْ لَهُ إِلَّا عَبْدٌ وَاحِدٌ . تَعَيَّنَتِ الْوَصِيَّةُ فِيهِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ لَهُ عِبِيدٌ فَمَاتُوا كُلُّهُمْ إِلَّا وَاحِدًا ، تَعَيَّنَتِ الْوَصِيَّةُ فِيهِ ، لَتَعَدَّرَ تَسْلِيمُ الْبَاقِي . وَإِنْ تَلَفَ رَقِيقُهُ

(٧) فِي الْأَصْلِ : « صَارَتْ » .

(٨) فِي م : « وَلَمْ » .

جميعهم قبل موت الموصي ، أو قتلوا ، بطلت الوصية ؛ لأنها إنما تُلزَمُ بالموت ، ولا رقيق له حيثُ . وإن تَلَفُوا بعد موته بغير تفریط من الورثة ، بطلت الوصية ؛ لأن التركة عند الورثة غير مضمونة ؛ / لأنها حصلت في أيديهم بغير فعلهم . وإن قتلهم قاتل ، فليُوصى له قيمة أحدهم ، مَنِيًّا على الروايتين في مَنْ يَسْتَحِقُّهُنَّ في الحياة . ولو قال : أوصيتُ لك بعبد من عبيدي . ولا عبيد له ، لم تصح الوصية ؛ لأنه أوصى له بلا شيء ، فهو كما لو قال : أوصيتُ لك بما في كيسي . ولا شيء فيه ، أو بداري . ولا دار له ، فإن اشترى قبل موته عبداً ، احتمل أن لا تصح الوصية ؛ لأنها وقعت باطلّة ، فلم تصح . كما لو قال : أوصيتُ لك بما في كيسي . ولا شيء فيه ، ثم جعل في كيسه شيئاً . ولأن الوصية تقتضي عبداً من الموجودين له حال الوصية . ويَحْتَمِلُ أن تصح ، كما لو وصى له بألف لا يملكه ، ثم ملكه ، أو وصى له بثلاث عبيده ، ثم ملك عبداً آخرين . وقد رَوَى ابن منصور ، عن أحمد ، في رجل قال في مرضه : أعطوا فلاناً من كيسي مائة درهم . فلم يُوجد في كيسه شيء . يُعطى مائة درهم . فلم تُبطل الوصية ؛ لأنه قصَدَ إعطاءه مائة درهم ، وظنّها في الكيس ، فإذا لم تكن في الكيس ، أُعطِيَ من غيره . فكذلك يُخرَجُ في الوصية بعبد من عبيده ، إذا لم يكن له عبيد ، أن يُشترى له من تركته عبد ، ويُعطى إياه .

فصل : وإن وصى الرجل بعبد ، صحّت الوصية ، ويُشترى له عبد أي عبد كان . وإن كان له عبيد ، أعطاه الورثة ما شاءوا ، ولا قرعة ههنا ؛ لأنه لم يُضَيَّفْ^(٢) الرقيق إلى نفسه ، ولا جعله واحداً من عددٍ محصور ، فلم يَسْتَحِقَّ الموصى له أكثر من أقل مَنْ يُسمّى عبداً ، كما لو أقر له بعبد . قال القاضي : ولهم أن يُعطوه ما شاءوا من ذكرٍ أو أنثى . والصحيح عندي أنه لا يَسْتَحِقُّ إلّا ذكراً ؛ فإن الله تعالى فرّق بين العبيد والإماء ، بقوله تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ

(٢) في النسخ : يصف .

وَأَمَّاكُمْ ﴿٣﴾ . والمعطوف يُغَايِرُ المعطوف عليه ظاهراً . ولأنَّه في العَرَفِ كذلك ، فَإِنَّه لَا يُفْهَمُ من إطلاَقِ اسمِ العَبْدِ إِلَّا الذَّكَرُ . ولو وَكَّلَه / في شِراءِ عَبْدٍ ، لم يَكُنْ له شِراءُ أُمَةٍ ، فلا تَنْصَرِفُ وَصِيَّتُهُ إِلَّا إِلَى الذَّكَرِ . وإن وَصَّى له بِأُمَةٍ أو جَارِيَةٍ ، لم يَكُنْ له إِلَّا أَنْثَى ، وليس له أَنْ يُعْطِيَهُ خُنْثَى مُشْكِلاً ؛ لَأَنَّهُ لَا يَعْلَمُ كَوْنَهُ ذَكَراً أَوْ أَنْثَى ^(٤) . وإن وَصَّى له بِوَاحِدٍ من رَقِيقِهِ ، أو بِرَأْسٍ مِمَّا مَلَكَتْ يَمِينُهُ ، دَخَلَ في وَصِيَّتِهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى وَالْخُنْثَى .

فصل : وإن وَصَّى له بِشَاةٍ من غَنَمِهِ ، فَالْحُكْمُ فِيهَا كَالْحُكْمِ فِي الْوَصِيَّةِ بِعَبْدٍ مِنْ عَبِيدِهِ ، وَيَقَعُ هَذَا الْاسْمُ عَلَى الضَّأْنِ وَالْمَغْزِ . قَالَ أَصْحَابُنَا : وَيَتَنَاوَلُ الصَّغِيرَةَ وَالْكَبِيرَةَ ، وَالذَّكَرَ وَالْأُنْثَى ؛ لِأَنَّ الشَّاةَ اسْمٌ يَتَنَاوَلُ جَمِيعَ ذَلِكَ ؛ بِدَلِيلِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « فِي أَرْبَعِينَ شَاةً شَاةً » ^(٥) . يُرِيدُ الذُّكُورَ وَالْإِنَاثَ ، وَالصَّغَارَ وَالْكِبَارَ . وَعِنْدِي أَنَّهُ لَا يَتَنَاوَلُ إِلَّا أَنْثَى كَبِيرَةً ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي بَلَدٍ عُرْفُهُمْ يَتَنَاوَلُ ذَلِكَ ، فَأَمَّا مَنْ لَا يَتَنَاوَلُ عُرْفُهُمْ إِلَّا الْإِنَاثَ ، فَإِنَّ وَصِيَّتَهُ لَا تَتَنَاوَلُ إِلَّا مَا يُسَمَّى فِي عُرْفِهِمْ ؛ لِأَنَّ ظَاهَرَ حَالِهِ إِرَادَةُ مَا يَتَعَارَفُونَهُ . وَإِنْ وَصَّى بِكَبْشٍ ، لم يَتَنَاوَلُ إِلَّا الذَّكَرَ الْكَبِيرَ مِنَ الضَّأْنِ . وَالتَّيْسُ لَا يَقَعُ إِلَّا عَلَى الذَّكَرِ الْكَبِيرِ مِنَ الْمَغْزِ . وَإِنْ وَصَّى بِعَشْرَةٍ مِنَ الْغَنَمِ ، يَتَنَاوَلُ عَشْرَةً مِنَ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ ، وَالصَّغَارِ وَالْكِبَارِ .

فصل : وإن وَصَّى بِجَمَلٍ ، لم يَكُنْ إِلَّا ذَكَراً . وَإِنْ وَصَّى بِنَاقَةٍ ، لم تَكُنْ إِلَّا أَنْثَى . وَإِنْ قَالَ : عَشْرَةً مِنْ إِبِلٍ ، وَقَعَ عَلَى الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى جَمِيعاً . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنْ قَالَ : عَشْرَةً بِالْهَاءِ ، فَهُوَ لِلذُّكُورِ ، وَإِنْ قَالَ عَشْرَ ، فَهُوَ لِلْإِنَاثِ ، وَكَذَلِكَ فِي الْغَنَمِ ؛ لِأَنَّ الْعِدَدَ فِي الْعَشْرَةِ إِلَى الثَّلَاثَةِ لِلْمَذْكَرِ بِالْهَاءِ ، وَلِلْمَوْثُثِ بِغَيْرِهَا ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ سَخَّرَهَا

(٣) سورة النور ٣١ .

(٤) في الأصل ، ١ : « وَلَا أَنْثَى » .

(٥) تقدم تخريجُه في : ٤١ / ٤ .

عَلَيْهِمْ سَبْعَ لَيَالٍ وَثَمَانِيَةَ أَيَّامٍ ^(٦) . وَإِنْ قَالَ : أَعْطُوهُ بَعِيرًا . ففیه وَجْهَان ؛ أَحَدُهُمَا ، هُوَ لِلذَّكَرِ وَحَدَهُ ؛ لِأَنَّهُ فِي الْعُرْفِ اسْمٌ لَهُ وَحَدَهُ . وَالثَّانِي ، هُوَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى ؛ لِأَنَّهُ فِي لِسَانِ الْعَرَبِ يَتَنَاوَلُهُمَا جَمِيعًا . تَقُولُ / الْعَرَبُ : حَلَبْتُ الْبَعِيرَ . تُرِيدُ النَّاقَةَ ، فَالْجَمْلُ فِي لِسَانِهِمْ كَالرَّجُلِ مِنْ بَنِي آدَمَ ، وَالنَّاقَةُ كَالْمَرْأَةِ ، وَالْبَكْرَةُ ^(٧) كَالْفَتَاةِ . وَكَذَلِكَ الْقُلُوصُ وَالْبَعِيرُ كَالْإِنْسَانِ .

ظ ٧٣/٦

فصل : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بَثْوَرٍ ، فَهُوَ ذَكَرٌ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ ^(٨) بَيْقَرَةٍ ، فَهِيَ أُنْثَى . وَإِنْ وَصَّى بِدَائِيَّةٍ ، فَهِيَ وَاحِدَةٌ مِنَ الْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ ، يَتَنَاوَلُ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى ؛ لِأَنَّ الْأِسْمَ فِي الْعُرْفِ يَقَعُ عَلَى جَمِيعِ ذَلِكَ . وَإِنْ قَرَنَ بِهِ مَا يَصْرِفُهُ إِلَى أَحَدِهِمَا ، مِثْلُ إِنْ قَالَ : دَائِيَّةٌ يَقَاتِلُ عَلَيْهَا ، أَوْ يُسْتَهَمُ لَهَا . انْصَرَفَ إِلَى الْخَيْلِ . وَإِنْ قَالَ : دَائِيَّةٌ يَنْتَفِعُ بِظَهْرِهَا وَنَسْلِهَا ، خَرَجَ مِنَ الْبِغَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا نَسْلَ لَهَا ، وَخَرَجَ مِنَ الذَّكَوَرِ كَذَلِكَ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ ^(٩) بِحِمَارٍ ، فَهُوَ ذَكَرٌ . وَإِنْ وَصَّى بِأَتَانٍ ، فَهِيَ أُنْثَى . وَفِي جَمِيعِ ذَلِكَ ، إِذَا كَانَ لَهُ أَعْدَادٌ مِنْ جِنْسٍ مَا وَصَّى لَهُ بِهِ ، فَعَلَى قَوْلِ الْخِرْقِيِّ ، يَكُونُ لَهُ ذَلِكَ بِالْقُرْعَةِ ، وَعَلَى رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، يُعْطِيهِ الْوَرْتَةُ مَا شَاءُوا ، وَلَا يَسْتَحِقُّ لِلدَّائِيَّةِ سَرَجًا ، وَلَا لِلْبَعِيرِ رَحْلًا ، إِلَّا أَنْ يَذْكُرَهُ فِي الْوَصِيَّةِ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى بِكَلْبٍ يُبَاخُ اقْتِنَاؤُهُ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ نَفْعًا مُبَاحًا ، وَتُقَرُّ الْيَدُ عَلَيْهِ ، وَالْوَصِيَّةُ تَبْرُعُ ، فَتَصِحُّ فِي الْمَالِ ، وَفِي غَيْرِ الْمَالِ مِنَ الْحُقُوقِ ، وَلِأَنَّهُ تَصِحُّ هِبَتُهُ ، فَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِهِ ، كَالْمَالِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُبَاخُ اقْتِنَاؤُهُ ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ بِهِ ، سِوَاءَ مَا قَالَ : كَلْبًا مِنْ كَلَابِئِ ، أَوْ قَالَ : مِنْ مَالِي ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ ابْتِغَاءُ الْكَلْبِ ؛ لِأَنَّهُ لَا قِيَمَةَ لَهُ ، بِخِلَافِ الشَّاةِ . فَإِنْ كَانَ لَهُ كَلْبٌ وَلَا مَالٌ لَهُ سِوَاهُ ، فَلَهُ ثُلُثُهُ . وَإِنْ

(٦) سورة الحاقة ٧ .

(٧) في م : « والبكر » .

(٨) سقط من : الأصل ، م .

(٩) سقط من : الأصل .

كَانَ لَهُ مَالٌ سِوَاهُ ، فَقَدْ قِيلَ : لِلْمُوصَى لَهُ جَمِيعُ الْكَلْبِ وَإِنْ قَلَّ الْمَالُ ؛ لِأَنَّ قَلِيلَ الْمَالِ خَيْرٌ مِنَ الْكَلْبِ ؛ لِكَوْنِهِ لَا قِيمَةَ لَهُ . وَقِيلَ : لِلْمُوصَى لَهُ بِهِ ثَلَاثَةٌ . وَإِنْ كَثُرَ الْمَالُ ؛ لِأَنَّ مَوْضِعَ الْوَصِيَّةِ عَلَى أَنْ يُسَلَّمَ ثَلَاثُ التَّرَكَةِ لِلْوَرَثَةِ ، وَلَيْسَ فِي التَّرَكَةِ شَيْءٌ مِنْ جِنْسِ الْمُوصَى بِهِ . وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِكِلَابِهِ ، وَآخَرَ بِثَلَاثِ مَالِهِ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ بِالثَّلَاثِ الثَّلَاثُ ، وَلِلْمُوصَى لَهُ بِالْكِلَابِ ثَلَاثُهَا ، وَجَهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ مَا حَصَلَ لِلْوَرَثَةِ مِنْ ثُلَاثِي الْمَالِ قَدْ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ فِيمَا يُقَابَلُهُ مِنْ حَقِّ الْمُوصَى لَهُ ، وَهُوَ الثَّلَاثُ ، فَلَا يُخْسَبُ عَلَيْهِمْ فِي حَقِّ الْكِلَابِ . وَلَوْ وَصَّى بِثَلَاثِ مَالِهِ ، وَلَمْ يُوصَرْ بِالْكِلَابِ ، دُفِعَ إِلَيْهِ ثَلَاثُ الْمَالِ ، وَلَمْ يُخْتَسَبْ بِالْكِلَابِ عَلَى الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمَالٍ . وَإِذَا قُسِمَتِ الْكِلَابُ بَيْنَ الْوَارِثِ وَالْمُوصَى لَهُ ، أَوْ بَيْنَ اثْنَيْنِ مُوصَى لهما بِهَا ، قُسِمَتِ عَلَى عَدَدِهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا قِيمَةَ لَهَا ، فَإِنْ تَشَاخَوْا فِي بَعْضِهَا ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُفَرَّغَ بَيْنَهُمْ فِيهِ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِكَلْبٍ ، وَلِلْمُوصَى كِلَابٌ يُبَاحُ اتِّخَاذُهَا ، كَكِلَابِ الصَّيْدِ وَالْمَاشِيَةِ وَالْحَرْثِ ، فَلَهُ وَاحِدٌ مِنْهَا بِالْقُرْعَةِ ، أَوْ مَا أَحَبَّ الْوَرَثَةُ ، عَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى . وَإِنْ كَانَ لَهُ كَلْبٌ يُبَاحُ اتِّخَاذُهُ ^(١٠) ، وَكَلْبٌ لِلْهَرَّاشِ ، فَلَهُ الْكَلْبُ الْمُبَاحُ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ كُلُّهُ كَنَحْوِ ^(١١) مِمَّا ذَكَرْنَا ، إِلَّا أَنَّهُ يَجْعَلُ لِلْمُوصَى لَهُ بِكَلْبٍ مَا أَحَبَّ الْوَرَثَةُ دَفَعَهُ إِلَيْهِ . وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِكَلْبِ الْهَرَّاشِ ، وَلَا كَلْبٍ غَيْرِ الْكِلَابِ الثَّلَاثَةِ . وَفِي الْوَصِيَّةِ بِالْجُرُودِ الصَّغِيرِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى جَوَازِ تَرْبِيَتِهِ لِلصَّيْدِ أَوْ لِلْمَاشِيَةِ . وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُ ذَلِكَ . وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِخَنَزِيرٍ ، وَلَا بِشَيْءٍ مِنَ السَّبَاعِ الَّتِي لَا تَصْلُحُ لِلْإِصْطِيَادِ كَالْأَسَدِ ، وَالثَّمَرِ ، وَالذَّنْبِ ؛ لِأَنَّهَا لَا مَنَافِعَةَ فِيهَا ، وَلَا تَصِحُّ ^(١٢) بِشَيْءٍ لَا مَنَافِعَةَ فِيهِ مِنْ غَيْرِهَا .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِطَبْلٍ حَرْبٍ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَنَافِعَةَ مُبَاحَةً . وَإِنْ كَانَ بِطَبْلٌ لَهُوَ ، لَمْ تَصِحَّ ؛ لِعَدَمِ الْمَنَافِعَةِ الْمُبَاحَةِ بِهِ . وَإِنْ كَانَ مَعَ ذَلِكَ إِذَا فُصِّلَ صَلَحَ

(١٠) سقط من : م .

(١١) في ١ : نحو .

(١٢) في م زيادة : للوصية .

للحَرْبِ ، لم تَصِحَّ الوَصِيَّةُ به أيضًا ؛ لأنَّ مَنْفَعَتَهُ في الحَالِ مَعْدُومَةٌ . فَإِنْ كَانَ يَصْلَحُ لهما جميعًا ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ به ؛ / لأنَّ الْمَنْفَعَةَ قَائِمَةً به . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِطَبْلٍ ، وَأَطْلَقَ ، وَلَهُ طَبْلَانِ ، تَصِحُّ الوَصِيَّةُ بِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، انصَرَفَتِ الوَصِيَّةُ إِلَى مَا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ به . وَإِنْ كَانَ لَهُ طَبْلٌ تَصِحُّ الوَصِيَّةُ بِجَمِيعِهَا ، فَلَهُ أَخْذُهَا بِالْقُرْعَةِ ، أَوْ مَا شَاءَ الْوَرِثَةُ ، عَلَى اخْتِلَافِ الرُّوَايَتَيْنِ . وَإِنْ وَصَّى بِذُفٍّ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ به ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَغْلُوا النِّكَاحَ ، وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالذُّفِّ » (١٣) . وَلَا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ بِمِزْمَارٍ ، وَلَا طَنْبُورٍ ، وَلَا غُودٍ مِنْ عِيدَانِ اللَّهِو ؛ لِأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ ، وَسَوَاءٌ كَانَتْ فِيهِ الْأَوْتَارُ أَوْ لَمْ تَكُنْ ؛ لِأَنَّهُ مُهَيِّئٌ لِفِعْلِ الْمَعْصِيَةِ دُونَ غَيْرِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَتْ فِيهِ الْأَوْتَارُ .

فصل : وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِقَوْسٍ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ ، فَإِنَّ فِيهِ مَنْفَعَةً مُبَاحَةً ، سَوَاءٌ كَانَ قَوْسٌ نُسَابٍ ، وَهُوَ الْفَارِسِيُّ ، أَوْ نَبْلٍ وَهُوَ الْعَرَبِيُّ ، أَوْ قَوْسًا (١٤) بِمَجْرَى ، أَوْ قَوْسَ زُبُورٍ ، أَوْ جُوحٍ ، أَوْ نَذْفٍ ، أَوْ بُنْدُقٍ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا قَوْسٌ وَاحِدٌ مِنْ هَذِهِ الْقِسْمِ ، تَعَيَّنَتِ الوَصِيَّةُ فِيهِ . وَإِنْ كَانَتْ لَهُ هَذِهِ جَمِيعُهَا ، وَكَانَ فِي لَفْظِهِ أَوْ حَالِهِ قَرِينَةٌ تَصْرِفُ إِلَى أَحَدِهَا ، انصَرَفَ إِلَيْهِ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : قَوْسًا يَنْدِفُ بِهِ ، أَوْ يَتَعَيَّشُ بِهِ ، أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ ، فَهَذَا يَصْرِفُهُ إِلَى قَوْسِ النَّدْفِ . وَإِنْ قَالَ : يَغْزُو بِهِ . خَرَجَ مِنْهُ قَوْسُ النَّدْفِ ، وَالبُنْدُقِ . وَإِنْ كَانَ الْمُوصِي لَهُ نَذْفًا لَا عَادَةً لَهُ بِالرَّمْيِ ، أَوْ بُنْدُقَانِيًّا لَا عَادَةً لَهُ بِالرَّمْيِ بِشَيْءٍ سِوَاهُ ، أَوْ يَرْمِي بِقَوْسٍ غَيْرِهِ لَا (١٥) يَرْمِي بِسِوَاهُ ، انصَرَفَتِ الوَصِيَّةُ إِلَى الْقَوْسِ الَّذِي يَسْتَعْمِلُهُ عَادَةً ؛ لِأَنَّ ظَاهَرَ حَالِ الْمُوصِي أَنَّهُ قَصَدَ نَفْعَهُ بِمَا جَرَتْ عَادَتُهُ بِالْإِنْتِفَاعِ بِهِ . وَإِنْ اتَّفَقَتِ الْقَرَائِنُ ، فَاخْتَارَ أَبُو الْخَطَّابِ ، أَنَّ لَهُ وَاحِدًا مِنْ جَمِيعِهَا بِالْقُرْعَةِ ، أَوْ مَا يَخْتَارُهُ الْوَرِثَةُ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَتَنَاوَلُ جَمِيعَهَا . وَالصَّحِيحُ أَنَّ وَصِيَّتَهُ لَا تَتَنَاوَلُ قَوْسَ

(١٣) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي إِعْلَانِ النِّكَاحِ ، مِنْ أَبْوَابِ النِّكَاحِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٣٠٨/٤ .
وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ إِعْلَانِ النِّكَاحِ ، مِنْ النِّكَاحِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٦١١/١ ، وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٥/٤ مَخْتَصَرًا .

(١٤) فِي النِّسْخِ : « قَوْسٌ » . وَبِمَجْرَى : أَنْ يَوْضَعَ فِي مِجْرَاهِ السَّهْمَ ، فَيُخْرِجُ مِنَ الْمَجْرَى .
(١٥) فِي ١ : « وَلَا » .

التَّدْفِ ، ولا البُنْدُقِ ، ولا العَرَبِيَّةِ في بِلَدٍ لا عَادَةَ لَهُمْ بِالرَّمْيِ بِهَا . وهذا مذهب الشَّافِعِيِّ ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ^(١٦) يَذْكُرِ الْعَرَبِيَّةَ ، وَيَكُونُ لَهُ وَاحِدٌ مِمَّا / عدا هذه ؛ لِأَنَّ هَذِهِ لَا يُطْلَقُ عَلَيْهَا اسْمُ الْقَوْسِ فِي الْعَادَةِ بَيْنَ غَيْرِ أَهْلِهَا حَتَّى يَصِفَهَا ، فَيَقُولُ : قَوْسُ الْقُطَنِ ، أَوِ التَّدْفِ ، أَوْ قَوْسُ الْبُنْدُقِ . وَأَمَّا الْعَرَبِيَّةُ فَلَا يَتَعَارَفُهَا غَيْرُ طَائِفَةٍ مِنَ الْعَرَبِ ، فَلَا يَخْطُرُ بِيَالِ الْمُوصِي غَالِبًا . وَيُعْطَى الْقَوْسُ مَعْمُولَةً^(١٧) ؛ لِأَنَّهَا لَا تُسَمَّى قَوْسًا إِلَّا كَذَلِكَ . وَلَا يَسْتَحِقُّ وَثَرَهَا ؛ لِأَنَّ الْاسْمَ يَقَعُ عَلَيْهَا دُونَهُ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يُعْطَاهَا بِوَثَرِهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا يَنْتَفِعُ بِهَا إِلَّا بِهِ ، فَكَانَ كَجُزٍّ مِنْ أَجْزَائِهَا .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بَعْدُ ، وَلَهُ عَوْدُ لَهْوٍ وَغَيْرِهِ ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَهَا يَنْصَرِفُ إِلَى عَوْدِ اللَّهْوِ ، وَلَا تَصِحُّ^(١٨) الْوَصِيَّةُ بِهِ لِعَدَمِ النَّفْعِ الْمُبَاحِ فِيهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا عِيدَانُ قِسِيٍّ ، أَوْ عَوْدٌ يُتَبَخَّرُ بِهِ ، أَوْ غَيْرُهُ مِنَ الْعِيدَانِ الْمُبَاحَةِ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ، وَانْصَرَفَتْ إِلَيْهَا ؛ لِعَدَمِ غَيْرِهَا ، وَتَعَيُّنِهَا مَعَ إِبَاحَتِهَا . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِجَرَّةٍ فِيهَا خَمْرٌ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِالْجَرَّةِ ، وَبَطَلَتْ فِي الْخَمْرِ ؛ لِأَنَّ فِي الْجَرَّةِ نَفْعًا مُبَاحًا ، وَالْخَمْرُ لَا نَفْعَ فِيهِ مَبَاحٌ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِمَا فِيهِ الْمَنْفَعَةُ الْمُبَاحَةُ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لَهُ بِخَمِيرٍ وَخَلٍّ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِخَمِيرٍ فِي جَرَّةٍ ، لَمْ تَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الَّذِي أَضَافَ الْوَصِيَّةَ إِلَيْهِ الْخَمْرُ ، وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِهِ .

٩٩٠ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا أَوْصَى لَهُ بِشَيْءٍ بِعَيْنِهِ ، فَتَلَفَ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، لَمْ يَكُنْ لِلْمُوصَى لَهُ شَيْءٌ . وَإِنْ تَلَفَ الْمَالُ كُلُّهُ إِلَّا الْمُوصَى بِهِ ، فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ مِمَّنْ عَلِمْنَا قَوْلَهُ ، عَلَى أَنَّ الْمُوصَى بِهِ إِذَا تَلَفَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي أَوْ

(١٦) فِي م : « لَا » .

(١٧) فِي م زِيَادَةٌ : « بِهَا » .

(١٨) فِي م : « تَصْلَحُ » .

بعده ، فلا شيء للموصى له . كذلك حكاها ابن المُنْذِر ، فقال : أُجْمَعُ مَنْ أَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا أَوْصَى لَهُ بِشَيْءٍ ، فَهَلَكَ ذَلِكَ الشَّيْءُ ، أَنَّ لَاشَيْءَ لَهُ فِي سَائِرِ مَالِ الْمَيِّتِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُوصَى لَهُ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ بِالْوَصِيَّةِ لَا غَيْرُ ، وَقَدْ تَعَلَّقَتْ بِمُعَيَّنٍ ، وَقَدْ ذَهَبَ ، فَذَهَبَ حَقُّهُ ، كَمَا لَوْ / تَلَفَ فِي يَدِهِ ، وَالتَّرِكَةُ فِي يَدِ الْوَرِثَةِ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ عَلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّهَا حَصَلَتْ فِي أَيْدِيهِمْ بِغَيْرِ فِعْلِهِمْ ، وَلَا تَفْرِيطِهِمْ ، فَلَمْ يَضْمَنْوْا شَيْئًا . وَإِنْ تَلَفَ الْمَالُ كُلُّهُ سِوَاهُ فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ ؛ لِأَنَّ حَقَّ^(١) الْوَرِثَةِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ لِتَعَيُّنِهِ لِلْمُوصَى لَهُ ، وَذَلِكَ يَمْلِكُ أَخْذَهُ بِغَيْرِ رِضَاهُمْ وَإِذْنِهِمْ ، فَكَانَ حَقُّهُ فِيهِ دُونَ سَائِرِ الْمَالِ ، وَحَقُوقِهِمْ فِي سَائِرِ الْمَالِ دُونَهُ ، فَابْتِغَاءُ تَلَفِ حَقِّهِ لَمْ يَشَارِكِ الْآخَرُ فِي حَقِّهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ التَّلَفُ بَعْدَ أَنْ أَخْذَهُ الْمُوصَى لَهُ وَقَبْضَهُ ، وَكَالْوَرِثَةُ إِذَا اقْتَسَمُوا ، ثُمَّ تَلَفَ نَصِيبُ أَحَدِهِمْ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ خَلَفَ مَائَتِي دِينَارٍ وَعَبْدًا قِيمَتُهُ مِائَةٌ ، وَوَصَّى لِرَجُلٍ بِالْعَبْدِ ، فَسَرِقَتِ الدَّانِيَةُ بَعْدَ الْمَوْتِ : فَالْعَبْدُ لِلْمُوصَى لَهُ بِهِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِمُعَيَّنٍ ، فَاسْتَحَقَّ بَعْضُهُ أَوْ هَلَكَ ، فَلَهُ مَا بَقِيَ مِنْهُ ، إِنْ حَمَلَهُ الثُّلُثُ ، وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِثُلْثِ عَبْدٍ أَوْ ثُلْثِ دَارٍ ، فَاسْتَحَقَّ الثُّلُثَانِ مِنْهُ ، فَالْثُلُثُ الْبَاقِي لِلْمُوصَى لَهُ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَ كُلَّهُ مُوصَى بِهِ ، وَقَدْ خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ ، فَاسْتَحَقَّهُ الْمُوصَى لَهُ ، كَمَا لَوْ كَانَ شَيْئًا مُعَيَّنًا . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِثُلْثِ^(٢) ثَلَاثَةِ أَعْبِيدَ ، فَهَلَكَ عَبْدَانِ ، أَوْ اسْتَحَقَّ ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا ثُلُثُ الْبَاقِي . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوصَ لَهُ مِنَ الْبَاقِي بِأَكْثَرٍ مِنْ ثَلَاثَةِ ، وَقَدْ شَرَكَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ وَرَثَتِهِ فِي اسْتِحْقَاقِهِ .

٩٩١ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى لَهُ بِشَيْءٍ فَلَمْ يَأْخُذْهُ زَمَانًا ، قُومَ وَقْتُ الْمَوْتِ ، لَا وَقْتُ الْأَخْذِ)

وجملته أَنَّ الاعتبارَ فِي قِيَمَةِ الْمُوصَى بِهِ وَخُرُوجِهَا مِنَ الثُّلُثِ ، أَوْ عَدَمِ خُرُوجِهَا ،

(١) فِي الْأَصْلِ ، أ : « حَقُوقُ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

بحالة الموت ؛ لأنها حال لزوم الوصية ، فتعتبر قيمة المال فيها . وهو قول الشافعي ، وأصحاب الرأي . ولا أعلم فيه خلافاً . فينظر ؛ فإن كان الموصى به وقت الموت ثلث التركة ، أو دونه ، نفذت الوصية ، واستحقه الموصى له كله . فإن زادت قيمته حتى صار مُعَادِلًا لسائر المال ، أو أكثر منه ، أو هلك المال كله سواه ، فهو للموصى له ، لا شيء للورثة فيه . / وإن كان حين الموت زائدًا عن الثلث ، فللموصى له منه قدر ثلث المال . فإن كان نصف المال ، فللموصى له ثلثاه . وإن كان ثلثيه ، فللموصى له نصفه . وإن كان نصف المال وثلثه ^(١) ، فللموصى له خمساه . فإن نقص بعد ذلك أو زاد ، أو نقص سائر المال أو زاد ، فليس للموصى له سوى ما كان له حين الموت . فلو وصى بعبدي قيمته مائة ، وله مائتان ، فزادت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائتين ، فهو للموصى له كله . وإن كانت قيمته حين الموت مائتين ، للموصى له ثلثاه ؛ لأنهما ثلث المال . فإن نقصت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائة ، لم يزد حق الموصى له عن ثلثه ^(٢) شيئاً ، إلا أن يُجيز الورثة . وإن كانت قيمته أربع مائة ، فللموصى له نصفه ، لا يزداد حقه عن ذلك ، سواء نقص العبد أو زاد ، أو نقص المال أو زاد .

فصل : والعطايا في مرضه يُعتبر خروجهما من الثلث حين الموت . نقل صالح بن أحمد عن أبيه ، في من له ألف درهم ، وعبدي قيمته ألف ، فأعتق العبد في مرض موته ، وأنفق الدراهم : عتق من العبد ثلثه . فاعتبر ماله حين الموت من العبد لا فيما قبله ، فلما لم يكن له حين الموت إلا العبد ، لم يعتق منه إلا ثلثه ، ولو لم يتلف الألف ، لعتق منه ثلثاه . ولو زاد ماله قبل موته حتى بلغ ألفين ، لعتق العبد كله لخروجه من

(١) في م : « وثلثه » .

(٢) في ا : « ثلثيه » .

الثُلث . وإن كَسَبَ العبدُ شيئاً ، كان كَسْبُهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَرَثَةِ ، على قَدَرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ وَالرَّقِّ ، ويدخلُهُ الدَّوْرُ . وقد ذكرنا ذلك فيما مضى . وإن تَلَفَ مِنَ التَّرِكَةِ شَيْءٌ يَفْعَلُ مَضمُونٌ على الْوَرَثَةِ ، حُسِبَ عَلَيْهِم مِنَ التَّرِكَةِ .

فصل : وإن وصَّى بِمُعَيَّنٍ حَاضِرٍ ، وسائر مَالِهِ دَيْنٌ أَوْ غَائِبٌ ، فليس لِلْوَصِيِّ أَخْذُ الْمُعَيَّنِ قَبْلَ قُدُومِ الْغَائِبِ أَوْ اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا تَلَفَ ، فَلَا تُنْفَذُ الْوَصِيَّةُ فِي الْمُعَيَّنِ كُلِّهِ . وظاهرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ / أَنَّ لِلْوَصِيِّ ثُلْثَ الْمُعَيَّنِ . ذَكَرَهُ فِي الْمُدَبَّرِ . وقيل : لَا يُدْفَعُ إِلَيْهِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ الْوَرَثَةَ شَرَكَاؤُهُ فِي التَّرِكَةِ ، فَلَا يَحْصُلُ لَهُ شَيْءٌ مَا لَمْ يَحْصُلْ لِلْوَرَثَةِ مِثْلَهُ (٣) ، وَلَمْ يَحْصُلْ لَهُمْ شَيْءٌ . وهذا وَجْهٌ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . والصَّحِيحُ أَنَّ لَهُ الثُّلْثَ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِيهِ مُسْتَقَرٌّ ، فَوَجِبَ تَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ ، لَعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِي وَقْفِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يُخْلَفْ غَيْرَ الْمُعَيَّنِ . ولأنَّهُ لَوْ تَلَفَ سَائِرُ الْمَالِ ، لَوَجِبَ تَسْلِيمُ ثُلْثِ الْمُعَيَّنِ إِلَى الْوَصِيِّ ، وَلَيْسَ تَلَفُ الْمَالِ سَبَبًا لِاسْتِحْقَاقِ الْوَصِيَّةِ وَتَسْلِيمِهَا ، وَلَا يَمْنَعُ نَفُوذَ الْوَصِيَّةِ فِي الثُّلْثِ الْمُسْتَقَرِّ ، وَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعِ الْوَرَثَةُ بِشَيْءٍ ، كَمَا لَوْ أَبْرَأَ مُعْسِرًا مِنْ دَيْنٍ عَلَيْهِ . وقال مالكٌ : يُخَيَّرُ الْوَرَثَةُ بَيْنَ دَفْعِ الْعَيْنِ الْمُوصَى بِهَا ، وَبَيْنَ جَعْلِ وَصِيَّتِهِ بِثُلْثِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ الْمُوصَى كَانَ لَهُ أَنْ يُوصِيَ بِثُلْثِ مَالِهِ ، فَعَدَلَ إِلَى الْمُعَيَّنِ . وليس لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدَّى إِلَى أَنْ يَأْخُذَ الْمُوصَى لَهُ الْمُعَيَّنُ ، فَيَنْفَرِدَ بِالتَّرِكَةِ عَلَى تَقْدِيرِ تَلَفِ الْبَاقِي قَبْلَ وُصُولِهِ إِلَى الْوَرَثَةِ ، فَيُقَالُ لِلْوَرَثَةِ : إِنْ رَضِيْتُمْ بِذَلِكَ ، وَإِلَّا فَعُودُوا إِلَى مَا كَانَ لَهُ أَنْ يُوصِيَ بِهِ ، وَهُوَ الثُّلْثُ . ولنا ، أَنَّهُ أَوْصَى بِمَا لَا يَزِيدُ عَلَى الثُّلْثِ لِأَجْنَبِيٍّ ، فَوَقَعَ لَازِمًا ، كَمَا لَوْ وَصَّى لَهُ بِمُشَاعٍ . وَمَا قَالَهُ لَا يَصَحُّ ؛ لِأَنَّ جَعْلَ حَقِّهِ فِي قَدْرِ الثُّلْثِ إِشَاعَةٌ ، وَإِبْطَالُ مَا عَيْنُهُ ، فَلَا يَجُوزُ إسْقَاطُ مَا عَيْنُهُ الْمُوصَى لِلْمُوصَى لَهُ ، وَتَقْلُ حَقِّهِ إِلَى مَا لَمْ يُوصَرِ بِهِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لَهُ بِمُشَاعٍ ، لَمْ يَجُزْ نَقْلُهُ إِلَى مُعَيَّنٍ ، وَكَمَا لَوْ كَانَ الْمَالُ كُلُّهُ حَاضِرًا أَوْ غَائِبًا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ لِلْمُوصَى لَهُ ثُلْثَ الْمُعَيَّنِ الْحَاضِرِ ، وَكُلَّمَا اقْتَضَى مِنْ دَيْنِهِ شَيْءٌ أَوْ حَضَرَ

٧٦/٦ ط

(٣) في م : « مثله » .

من الغائب شيء، فللموصى له بقدر ثلثه من الموصى به، كذلك حتى يكمل للموصى له الثلث، أو يأخذ المعين كله. فلو خلف تسعة عيناً، وعشرين ديناً، وابناً، ووصى بالتسعة لرجل، فللموصى ثلثها ثلاثة، وكلما اقتضى من الدين شيء فللموصى ثلثه، فإذا اقتضى ثلثه فله من التسعة واحد، حتى يقتضى ثمانية عشر، فيكمل له التسعة. وإن جحد العريم، أو مات، أو يمس من استيفاء الدين، أخذ الورثة الستة الباقية من العين. ولو كان الدين تسعة، فإن الابن يأخذ ثلث العين، ويأخذ الوصى ثلثها، ويبقى ثلثها موقوفاً، كلما استوفى من الدين شيء فللموصى من العين قدر ثلثه، فإذا استوفى الدين كله، كمل للموصى له ستة، وهى ثلث الجميع. وإن كانت الوصية ينصف العين، أخذ الوصى ثلثها، وأخذ الابن نصفها، وبقي سدسها موقوفاً، فمتى اقتضى من الدين مثليه، كملت الوصية^(٤).

فصل: فإن كان الدين مثل العين، فوصى لرجل بثلثه، فلا شيء له قبل استيفائه^(٥)، فكلما اقتضى منه شيء فله ثلثه، وللابن ثلثاه. وهذا أحد قولي الشافعي. وقال في الآخر: هو أحق بما يخرج من الدين حتى يستوفى وصيته. وهذا قول أهل العراق؛ لأن ذلك يخرج من ثلث المال الحاضر. ولنا، أن الورثة شركاؤه في الدين، وليس معهم شركة في العين، فلا يختص بما خرج منه دونهم، كما لو كان شريكه في الدين وصياً آخر، أو كالموصى لرجل بالعين، وله ولاخر بالدين، فإن المنفرد بوصية الدين لا يختص بما خرج منه له^(٦) دون صاحبه، كذا ههنا.

فصل: ولو وصى لرجل بثلث ماله، وله مائتان ديناً، وعبد يساوي مائة، ووصى لآخر بثلث العبد، اقتسما ثلث العبد نصفين، وكلما اقتضى من الدين شيء، فللموصى له بثلث المال رُبْعُه، وله ولاخر من العبد بقدر رُبْع ما استوفى بينهما

(٤) في الأصل، ١: وصيته.

(٥) في م: استيفاء الوصية.

(٦) سقط من: الأصل، ١.

نِصْفَيْنِ . فإذا استوفى الدين كله كُملَ للوصي نصف العبد . ولصاحب الثلث رُبُعُ المائتين ، وذلك هو ثلث المال . وإن استوفى الدين قبل القسمة قسِمًا^(٧) بينهما كذلك ، للموصى له بالثلث رُبُعُ المائتين ورُبُعُ العبد ، وللموصى له بثلث العبد رُبُعُهُ ؛ لأنَّ الوصيتين أربعة اتساع المال ، والجائز منهما ثلث المال ، / وهو ثلاثة اتساع ، وذلك ثلاثة أرباع وصيتهما ، فرددنا كل واحد منهما إلى ثلاثة أرباع وصيته ، وهي رُبُعُ المال كله لصاحب ثلثه ، ورُبُعُ العبد لصاحب ثلثه . وفي المسألة أقوال سوى ما قلناه ، تركناها لطولها ، وهذا أسدّها ، إن شاء الله ؛ لأننا^(٨) أدخلنا النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية ، وكمّلنا لهما الثلث ، وإن أُجيز لهما أخذ كل واحد منهما ما بقي من وصيته ، وهو رُبُعُها ، فيكمل ثلث المال لصاحبه ، وثلث العبد للآخر .

٧٧/٦ ظ

فصل : وإن خلف^(٩) ابنين ، وترك عشرة عيّن ، وعشرة دينًا على أحد ابنيه ، وهو مُعسّر ، وصّى لأجنبي بثلث ماله ، فإن الوصي والابن الذي لا دين عليه يقتسمان العشرة العيّن نصفين ، ويسقط عن المدينين ثلثا دينه ، ويبقى لهما عليه ثلثه ، فإن كانت الوصية بالرُّبُع ، قُسِمَتِ العشرة العيّن بينهما أخماسًا ، للموصى خمسها وأربعة ، وللأبن سِتّة ، وسقط عن المدينين ثلاثة أرباع دينه ، وبقي عليه رُبُعُهُ ، فإذا استوفى قسِمَ بينهما أخماسًا ، كما قسِمَ العيّن ؛ لأنَّ الوصية بالرُّبُع ، وهو ثُمّنان ، ويبقى سِتّة أثمان ، لكل ابن ثلاثة أثمان ، فصار نصيب الوصي والابن الذي لا دين عليه خمسة أثمان ، للأبن ثلاثة ، وللوصي سَهمان ، فلذلك قسّمنا العيّن وما حصل لهما من الدين بينهما أخماسًا ، وسقط عن المدينين ثلاثة أرباع ما عليه ؛ لأن^(١٠) له ثلاثة أثمان ، وهي ثلاثة أرباع النصف الذي عليه .

(٧) في م : « قسّمنا » .

(٨) في م : « إلّا أننا » .

(٩) في م : « خالف » .

(١٠) في م : « لأنّه » .

فصل : وَنَمَاءُ الْعَيْنِ الْمُوصَى بِهَا إِنْ كَانَ مُتَّصِلًا كَالسَّمَنِ ، وَتَعْلِيمُ صَنْعَةٍ ، فَهُوَ تَابِعٌ لِلْعَيْنِ ، وَيَكُونُ لِلْمُوصَى لَهُ إِذَا احْتَمَلَهُ الثُّلُثُ . وَإِنْ كَانَ مُتَّفَصِلًا ، كَالْوَلَدِ وَالشَّرَةِ فِي حَيَاةِ الْمُوصَى ، فَهُوَ لَهُ ، يَصِيرُ إِلَى وَرَثَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ ^(١١) . مِلْكُهُ . وَمَا حَدَثَ بَعْدَ الْمَوْتِ وَقَبْلَ الْقَبُولِ ، فَيَنْبَغِي عَلَى الْمِلْكِ فِي الْمُوصَى لَهُ ^(١٢) . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لِلْوَرَثَةِ . وَالْآخَرُ هُوَ لِلْمُوصَى لَهُ ، فَيَكُونُ النَّمَاءُ لِمَنْ الْمِلْكُ لَهُ .

٩٩٢ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا أُوصِيَ / بِوَصَايَا فِيهَا عَقَاقَةٌ ، فَلَمْ يَفِ الثُّلُثُ بِالْكُلِّ ، تَحَاصُّوا فِي الثُّلُثِ ، وَأُذْخِلَ النِّقْصُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ^(١) بِقَدْرِ مَالِهِ فِي الْوَصِيَّةِ)

أَمَّا إِذَا اخْتَلَتِ الْوَصَايَا مِنَ الْعِنَقِ ، وَتَجَاوَزَتِ الثُّلُثُ ، وَرَدَّ الْوَرِثَةُ الزِّيَادَةَ ، فَإِنَّ الثُّلُثَ يُقَسَّمُ بَيْنَ الْمُوصَى لَهُمْ عَلَى قَدْرِ وَصَايَاهُمْ ، وَيَدْخُلُ النِّقْصُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ مَالِهِ مِنْ ^(٢) الْوَصِيَّةِ عَلَى مِثَالِ مَسَائِلِ الْعَوْلِ إِذَا زَادَتْ الْفُرُوضُ عَنِ الْمَالِ . فَلَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِثُلْثِ مَالِهِ ، وَلِآخَرٍ بِمِائَةٍ ، وَلِآخَرٍ بِمُعَيَّنٍ قِيَمَتُهُ خَمْسُونَ ، وَوَصَّى بِفِدَاءِ أُسِيرٍ بِثَلَاثِينَ ، وَلِإِعْمَارَةِ مَسْجِدٍ بِعِشْرِينَ ، وَثُلْثُ مَالِهِ مِائَةٌ ، جَمَعَتْ الْوَصَايَا كُلُّهَا فَوَجَدَتْهَا ثَلَاثِمِائَةً ، وَنَسَبَتْ مِنْهَا الثُّلُثَ ، فَتَجَدَّهُ ثُلُثُهَا ، فَتُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلْثُ وَصِيَّتِهِ ، فَلصَّاحِبِ الثُّلُثِ ثُلُثُ الْمِائَةِ ، وَكَذَلِكَ لِصَّاحِبِ الْمِائَةِ ، وَيَرْجِعُ صَاحِبُ الْخَمْسِينَ إِلَى ثُلُثِهَا ، وَلِفِدَاءِ الْأُسِيرِ عَشْرَةٌ ، وَلِإِعْمَارَةِ الْمَسْجِدِ سِتَّةٌ ، وَثَلَاثَانِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ فِيهَا عِنَقٌ ، فَهَنْ أَحْمَدُ فِيهَا رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّ ^(٣) يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَ جَمِيعِ الْوَصَايَا الْعِنَقِ ^(٤) وَغَيْرِهِ سَوَاءً ، وَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ سِيرِينَ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّهُمْ تَسَاوَوْا فِي سَبَبِ الْإِسْتِحْقَاقِ ، فَتَسَاوَوْا فِيهِ كَسَائِرِ الْوَصَايَا . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يُقَدَّمُ الْعِنَقُ وَيُبدَأُ بِهِ ، فَإِنْ فَضَلَ مِنْهُ شَيْءٌ ، قُسِمَ بَيْنَ سَائِرِ أَهْلِ الْوَصَايَا عَلَى قَدْرِ وَصَايَاهُمْ . رَوَى هَذَا عَنْ عَمْرِ ، وَبِهِ قَالَ ^(٥) شَرِيحٌ ،

(١١) سقط من : م .

(١٢) هكذا في النسخ . والظاهر أنها : « به » .

(١) سقط من : أ .

(٢) في : « في » .

(٣) في الأصل : « أنه » .

(٤) في م : « بالعنق » .

(٥) في م : « يقول » .

وَمَسْرُوقٌ ، وَعَطَاءُ الْخُرَّاسَانِيِّ^(٦) ، وَقَتَادَةُ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ،
وإِسْحَاقُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى ، وَحَقًّا لَأَدَمِيٍّ ، فَكَانَ آكَدَ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ فُسْخٌ ،
وَيَلْحَقُ غَيْرَهُ ذَلِكَ ، وَلِأَنَّهُ أَقْوَى بِدَلِيلِ سِرَائِهِ وَنُفُودِهِ مِنَ الرَّاهِنِ وَالْمُفْلِسِ . وَرَوَى
عَنِ الْحَسَنِ ، وَالشَّافِعِيِّ كَالرَّوَابِتَيْنِ .

فصل : والعطايا المعلقة بالموت ، كَقَوْلِهِ : إِذَا مِتُّ فَأَعْطُوا فُلَانًا كَذَا . أَوْ أَعْتَقُوا
فُلَانًا . وَنَحْوَهُ ، وَصَايَا حُكْمُهَا غَيْرُهَا مِنَ الْوَصَايَا / فِي التَّسْوِيَةِ بَيْنَ مُقَدِّمِهَا
وَمُؤَخَّرِهَا . وَالْخِلَافُ فِي تَقْدِيمِ الْعِتْقِ مِنْهَا ، بِخِلَافِ الْعَطَايَا الْمُنْجَزَةِ ، فَإِنَّهُ يُقَدِّمُ
الْأَوَّلَ مِنْهَا فَالْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهُا تَلْزُمُ بِالْفِعْلِ ، وَالْمُؤَخَّرَةُ تَلْزُمُ بِالْمَوْتِ ، فَتَتَسَاوَى كُلُّهَا .

٧٨/٦ ط

فصل : وَإِذَا أَوْصَى بِعِتْقِ عَبْدِهِ ، لَزِمَ الْوَارِثُ إِعْتَاقَهُ . فَإِنْ أَبَى أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ ؛
لِأَنَّهُ حَقٌّ وَاجِبٌ^(٧) عَلَيْهِ ، فَأُجْبِرَ عَلَيْهِ ، كَتَنْفِيذِ الْوَصِيَّةِ بِالْعَطِيَّةِ ، فَإِنْ أَعْتَقَهُ الْوَارِثُ
أَوْ الْحَاكِمُ ، فَهُوَ حُرٌّ مِنْ حِينَ أَعْتَقَهُ ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ عَتَقَ ، وَوَلَاؤُهُ لِلْمُوصِي ؛ لِأَنَّهُ
السَّبَبُ ، وَهَؤُلَاءِ نَوَابِتُ عَنْهُ ، وَلِهَذَا لَزِمَهُمْ إِعْتَاقُهُ كُرْهًا . وَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ بِعِتْقِهِ إِلَى
غَيْرِ الْوَارِثِ ، كَانَ الْإِعْتَاقُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ نَائِبُ الْمُوصِي فِي إِعْتَاقِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ غَيْرُهُ
إِذَا لَمْ يَمْتَنِعْ مِنْهُ ، كَالْوَكِيلِ فِي الْحَيَاةِ .

٩٩٣ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَمَنْ أَوْصَى بِفَرَسٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَالْفَرَسُ دِرْهَمٌ تُنْفَقُ
عَلَيْهِ ، فَمَاتَ الْفَرَسُ ، كَانَتْ الْأَلْفُ لِلْوَرَثَةِ . وَإِنْ^(٨) أُلْفِقَ بَعْضُهَا ، رُدَّ الْبَاقِي إِلَى
الْوَرَثَةِ)

إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنٌ لِلْوَصِيَّةِ جِهَةً ، فَإِذَا فَاتَتْ ، عَادَ الْمُوصِي لَهُ إِلَى الْوَرَثَةِ ،

(٦) في م : « والخراساني » . وهو عطاء بن أبي مسلم الخراساني ، فقيه خراسان ، جَوَّالٌ ، توفى سنة خمس وثلاثين
ومائة . طبقات الفقهاء للشيرازي ٩٣ . العبر ١٨٢/١ .

(٧) في م : « وجب » .

(٨) في أ : « وكذلك إن » .

كما لو أوصى بشراء عبد زيد يُعتق ، فمات العبد ، أو لم يبلغه سيده . وإن أنفق بعض الدراهم ، ثم مات الفرس ، بطلت الوصية في الباقي ، كما لو وصى بشراء عبدنين ، فمات أحدهما قبل شرائه . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل أوصى بألف درهم في السبيل ، أيجعل في الحج منها شيء^(٢) ؟ فقال : لا ، إنما يعرف الناس السبيل العزو .

فصل : وإذا قال : يخدم عبي فلان سنة ، ثم هو حر . صححت الوصية ، فإن قال الموصي له بالخدمة : لا أقبل الوصية . أو قال : قد وهبت الخدمة له . لم يعتق في الحال . وبهذا قال الشافعي . وقال مالك : إن وهب الخدمة للعبد ، عتق في الحال . ولنا ، أنه أوقع العتق بعد مضي السنة ، فلم يقع قبله ، كما لو رد الوصية .

فصل : وإذا أوصى / لعمه بثلاث ماله ، ولخاله بعشره ، فردت وصيتهما ، فتحاصفا في الثلث ، فأصاب الخال ستة ، فاضرب الذي أصابه في وصيته ، وذلك ستة في عشرة ، تكن ستين ، وأقسمه على الفاضل بينهما ، يخرج بالقسم خمسة عشر ، فهي الثلث . وإن شئت قلت : قد أصاب الخال ثلاثة أخماس وصيته^(٣) ، يبقى من الثلث خمسه ، وهي تعدل ما أصاب الخال ، فرد على ما أصاب الخال مثل نصفه ، وهو ثلثه ، يصير تسعة ، فهي^(٤) الذي^(٥) أصاب العم . وإن قال : أصاب العم الربع ، فقد أصابه ثلاثة أرباع وصيته ، وبقي من الثلث نصف سدس ، يعدل ثلاثة أرباع وصية الخال ، وذلك سبعة ونصف ، وللعم ثلاثة أمثالها ، اثنان وعشرون ونصف ، والمال كله تسعون . وإن قال : أصاب الخال خمس المال ، فقد بقي من الثلث خمسه للعم ، فيكون الحاصل للخال خمسا وصيته أيضا . وذلك أربعة دنانير ،

(٢) سقط من : ١ .

(٣) في الزيادة : « يجب أن يصيب العم بثلاثة أخماس وصيته » .

(٤) في الأصل : « فهو » .

(٥) في ١ ، م : « للذي » .

وَوَصِيَّةُ الْعَمِّ مِثْلُ ثُلُثَيْهَا ، دِينَارَانِ وَثُلُثَانِ ، وَالثُّلُثُ كُلُّهُ سِتَّةٌ وَثُلُثَانِ ، وَالْمَالُ كُلُّهُ ^(٦) عَشْرُونَ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا وَصِيَّةٌ بِسُدْسِ الْمَالِ ، وَأَصَابَ الْخَالَ سِتَّةٌ ، فَهِيَ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسٍ وَصِيَّتِهِ ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْآخَرِينَ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسٍ وَصِيَّتِهِ ، وَذَلِكَ تِسْعَةُ أَغْشَارِ الثُّلُثِ ، يَبْقَى مِنْهُ عَشْرٌ ^(٧) تَعْدِلُ مَا حَصَلَ لِلْعَمِّ ^(٨) وَهُوَ سِتَّةٌ ، وَالثُّلُثُ سِتُّونَ . وَإِنْ أَصَابَ صَاحِبَ السُّدُسِ عَشْرُ الْمَالِ ، فَقَدْ أَصَابَ صَاحِبَ الثُّلُثِ خَمْسَهُ ، يَبْقَى مِنَ الثُّلُثِ أَيْضًا عَشْرُهُ ، فَهُوَ وَصِيَّةُ الْخَالَ ، وَذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسٍ وَصِيَّتِهِ سِتَّةٌ ، فَيَكُونُ الثُّلُثُ سِتِّينَ كَمَا ذَكَرْنَا . نَوْعٌ آخَرُ ، خَلْفَ ثَلَاثَةِ بَيْنَيْنِ ، وَوَصَّى لِعَمِّهِ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ إِلَّا ثُلُثَ وَصِيَّةِ خَالِهِ ، وَلِخَالِهِ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ إِلَّا رُبْعَ وَصِيَّةِ عَمِّهِ ، فَاضْرِبْ مَخْرَجَ الثُّلُثِ فِي مَخْرَجِ الرُّبْعِ ، يَكُنْ اثْنَتَيْ عَشَرَ ، انْقُصْهَا سَهْمًا ، يَبْقَى أَحَدُ عَشَرَ ، فَهِيَ نَصِيبُ ابْنِ ، انْقُصْهَا سَهْمَيْنِ ، يَبْقَى تِسْعَةٌ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ الْخَالَ . وَإِنْ نَقَصْتَهَا / ثَلَاثَةً ، بَقِيَ ثَمَانِيَةٌ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ الْعَمِّ . وَبِالْجَبْرِ تَجْعَلُ مَعَ الْعَمِّ أَرْبَعَةَ دَرَاهِمَ ، وَمَعَ الْخَالَ ثَلَاثَةَ دَنَانِيرَ ، ثُمَّ تَزِيدُ عَلَى الدَّرَاهِمِ دِينَارًا ، وَعَلَى الدَّنَانِيرِ دِرْهَمًا ، يُلْغُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبًا ، اجْبُرْ ، وَقَابِلْ ، وَأَسْقِطِ الْمُشْتَرَكَ ، يَبْقَى مَعَكَ دِينَارَانِ ، تَعْدِلُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ ، فَاقْبَلْ وَحَوْلْ ، تَصِيرِ الدَّرَاهِمُ ثَمَانِيَةً ، وَالدَّنَانِيرُ تِسْعَةً ، كَمَا قُلْنَا . وَإِنْ أَوْصَى لِعَمِّهِ بِعَشْرَةٍ إِلَّا رُبْعَ وَصِيَّةِ خَالِهِ ، وَلِخَالِهِ بِعَشْرَةٍ إِلَّا خُمْسَ وَصِيَّةِ عَمِّهِ ، فَاضْرِبْ مَخْرَجَ الرُّبْعِ فِي مَخْرَجِ الْخُمْسِ ، يَكُنْ عَشْرِينَ ، انْقُصْهَا سَهْمًا ، تَكُنْ تِسْعَةَ عَشَرَ ، فَهِيَ الْمَقْسُومُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ اجْعَلْ مَعَ الْخَالَ أَرْبَعَةً ، وَانْقُصْهَا سَهْمًا ، يَبْقَى ثَلَاثَةً ، اضْرِبْهَا فِي الْعَشْرَةِ ، ثُمَّ فِيمَا مَعَ الْعَمِّ ، وَهُوَ خُمْسَةٌ ، يَكُنْ مِائَةً وَخَمْسِينَ ، اقسِمْهَا عَلَى تِسْعَةِ عَشَرَ ، يَخْرُجُ سَبْعَةٌ وَسَبْعَةُ عَشَرَ جُزْءًا مِنْ تِسْعَةِ عَشَرَ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ عَمِّهِ ، وَاجْعَلْ مَعَ

٧٩/٦ ظ

(٦) سقط من: الأصل ، ١ .

(٧) في م : « عشرة » .

(٨) في ١ : « للخال » .

الْعَمَّ خُمُسَةً ، وَانْقُصَهَا سَهْمًا ، وَاضْرِبْهَا فِي عَشْرَةٍ ، ثُمَّ فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ مِائَةً وَسِتِّينَ ،
وَاقْسِمِهَا ، تَكُنْ ثَمَانِيَةً وَثَمَانِيَةً أَجْزَاءً ، فَهِيَ وَصِيَّةُ خَالِهِ . طَرِيقُ آخَرٍ ، تَنْقُصُ مِنَ
الْعَشْرَةِ رُبْعَهَا ، وَتَضْرِبُ الْبَاقِي فِي الْعِشْرِينَ ، ثُمَّ تَقْسِمُهَا عَلَى تِسْعَةِ عَشَرَ ، وَتَنْقُصُ
مِنْهَا خُمُسَهَا ، وَتَضْرِبُ الْبَاقِي فِي عِشْرِينَ ، وَتَقْسِمُهَا ، وَبِالْجَبْرِ ، تَجْعَلُ وَصِيَّةَ الْخَالِ
شَيْئًا^(٩) ، وَوَصِيَّةَ الْعَمِّ عَشْرَةَ إِلَّا رُبْعَ شَيْءٍ ، فَخُذْ خُمُسَهَا ، فِزْدهُ عَلَى الشَّيْءِ ، وَهُوَ
سَهْمَانِ إِلَّا نِصْفَ عَشْرِ شَيْءٍ ، يَغْدُلُ عَشْرَةَ ، فَاسْقِطِ الْمُشْتَرَكَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، تَصِيرُ
ثَمَانِيَةً وَثَمَانِيَةً أَجْزَاءً ، مِنْ تِسْعَةِ عَشَرَ ، إِذَا اسْقَطْتَ رُبْعَهَا مِنَ الْعَشْرَةِ ، بَقِيَتْ سَبْعَةٌ
وَسَبْعَةُ عَشَرَ جُزْءًا . وَإِنْ وَصَّى لِعَمِّهِ بِعَشْرَةٍ إِلَّا نِصْفَ وَصِيَّةِ خَالِهِ ، وَلِخَالِهِ بِعَشْرَةٍ
إِلَّا ثُلُثَ وَصِيَّةِ جَدِّهِ ، وَلِجَدِّهِ بِعَشْرَةٍ إِلَّا رُبْعَ وَصِيَّةِ عَمِّهِ ، فَوَصِيَّةُ عَمِّهِ سِتَّةٌ وَخُمُسَانِ ،
وَوَصِيَّةُ خَالِهِ سَبْعَةٌ وَخُمُسٌ ، وَوَصِيَّةُ جَدِّهِ ثَمَانِيَةٌ وَخُمُسَانِ ، وَبِأَنَّ تَضْرِبَ
الْمَخَارِجَ بَعْضُهَا فِي بَعْضٍ ، فَتَضْرِبُ اثْنَيْنِ فِي ثَلَاثَةٍ ، فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ / أَرْبَعَةٌ
وَعِشْرِينَ ، تَزِيدُهَا وَاحِدًا تَكُنْ خُمُسَةً وَعِشْرِينَ ، فَهَذَا هُوَ الْمَقْسُومُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ تَنْقُصُ
مِنِ الْاِثْنَيْنِ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُ وَاحِدًا فِي ثَلَاثَةٍ ، ثُمَّ تَزِيدُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ ،
تَكُنْ سِتَّةَ عَشَرَ ، ثُمَّ اضْرِبْهَا فِي عَشْرَةٍ ، تَكُنْ مِائَةً وَسِتِّينَ ، وَاقْسِمِهَا عَلَى خُمُسَةٍ
وَعِشْرِينَ يَخْرُجُ بِالْقِسْمِ سِتَّةٌ وَخُمُسَانِ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ الْعَمِّ ، وَانْقُصِ الثَّلَاثَةَ وَاحِدًا
يَبْقَى اِثْنَانِ ، وَاضْرِبْهَا فِي الْأَرْبَعَةِ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةً ، زِدْهَا وَاحِدًا ، وَاضْرِبْهَا فِي اِثْنَيْنِ ،
ثُمَّ فِي عَشْرَةٍ ، تَكُنْ مِائَةً وَثَمَانَيْنِ ، وَاقْسِمِهَا عَلَى خُمُسَةٍ وَعِشْرِينَ ، ثُمَّ انْقُصْ مِنَ الْأَرْبَعَةِ
وَاحِدًا ، وَاضْرِبْ ثَلَاثَةً فِي اِثْنَيْنِ ، ثُمَّ زِدْهَا وَاحِدًا تَكُنْ سَبْعَةً ، اضْرِبْهَا فِي ثَلَاثَةٍ ، ثُمَّ
فِي عَشْرَةٍ ، تَكُنْ مِائَتَيْنِ وَعَشْرَةَ ، مَقْسُومَةً عَلَى خُمُسَةٍ وَعِشْرِينَ . طَرِيقُ آخَرٍ ، تَجْعَلُ
مَعَ الْعَمِّ أَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ ، وَمَعَ الْخَالِ دِينَارَيْنِ ، وَمَعَ الْجَدِّ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ ، ثُمَّ تَضُمُّ إِلَى مَا
مَعَ الْعَمِّ دِينَارًا ، وَإِلَى^(١٠) مَا مَعَ الْخَالِ دِرْهَمًا ، وَتُقَابِلُ مَا مَعَ أَحَدِهِمَا بِمَا مَعَ الْآخَرِ ،
وَتُسْقِطُ الْمُشْتَرَكَ ، فَيَصِيرُ أَرْبَعَةُ أَشْيَاءَ ، تَغْدُلُ دِينَارًا وَدِرْهَمًا ، فَاسْقِطْ لَفْظَةَ

و ٨٠/٦

(٩) فِي م : سِتَّةٌ .

(١٠) فِي م : دُولَى .

الأشياء، وَاجْعَلْ مَكَانَهَا دِينَارًا وَدِرْهَمًا^(١١)، ثُمَّ قَابِلْ مَا مَعَ الْخَالِ بِمَا مَعَ الْجَدِّ بَعْدَ الزِّيَادَةِ، وَهُوَ دِينَارَانِ، وَدِرْهَمٌ مَعَ الْخَالِ، لِثَلَاثَةِ^(١٢) دَرَاهِمَ وَرُبْعَ دِرْهَمٍ، وَرُبْعُ دِينَارٍ مَعَ الْجَدِّ، فَإِذَا اسْتَقَطَّتِ الْمُشْتَرَكُ بَقِيَ دِرْهَمَانِ وَرُبْعٌ، مَعَادِلَةٌ لِدِينَارٍ^(١٣)؛ وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ، فَابْسُطِ الْكُلَّ أَرْبَاعًا، تَصِيرُ سَبْعَةُ أَرْبَاعٍ مِنَ الدِّينَارِ، تُعَدُّلُ تِسْعَةً مِنَ الدَّرَاهِمِ، فَاقْلِبْ، وَاجْعَلِ^(١٤) الدَّرْهَمَ^(١٥) سَبْعَةً، وَالدِّينَارَ تِسْعَةً، ثُمَّ ارْجِعْ إِلَى مَا فَرَضْتَ، فَتَجِدُ مَعَ الْعَمِّ دِرْهَمًا وَدِينَارًا بِسِتَّةَ عَشَرَ، وَمَعَ الْخَالِ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ، وَمَعَ الْجَدِّ أَحَدَ وَعَشْرُونَ، وَالْعَشْرَةُ الْكَامِلَةُ خُمْسٌ وَعَشْرُونَ، وَالسِّتَّةُ عَشَرَ مِنْهَا سِتَّةُ وَخُمْسَانِ، وَالْثَمَانِيَةُ عَشَرَ سَبْعَةً وَخُمْسٌ، وَالْأَحَدَ وَعَشْرُونَ ثَمَانِيَةً وَخُمْسَانِ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ أُنْ، / وَوَصِيَّةُ الْجَدِّ عَشْرَةٌ إِلَّا رُبْعٌ مَا مَعَ الْآخِرِ، وَوَصِيَّةُ الْآخِرِ عَشْرَةٌ إِلَّا خُمْسٌ مَا مَعَ الْعَمِّ، فِيهِذِهِ الطَّرِيقُ تَجْعَلُ مَعَ الْعَمِّ خُمْسَةَ أَشْيَاءَ، وَمَعَ الْخَالِ دِينَارَيْنِ، وَمَعَ الْجَدِّ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ، وَمَعَ الْآخِرِ أَرْبَعَةَ أَفْلُسٍ، ثُمَّ تُقَابِلُ مَا مَعَ الْعَمِّ بِمَا مَعَ الْخَالِ كَمَا ذَكَرْنَا، وَتَجْعَلُ الْأَشْيَاءَ دِينَارًا وَدِرْهَمًا، ثُمَّ تُقَابِلُ مَا مَعَ الْخَالِ بِمَا مَعَ الْجَدِّ، فَتَجْعَلُ الدِّينَارَيْنِ دِرْهَمَيْنِ وَفَلْسًا، ثُمَّ تُقَابِلُ مَا مَعَ الْجَدِّ بِمَا مَعَ الْآخِرِ، فَتُخْرِجُ الْفَلْسَ سِتَّةَ وَعَشْرِينَ، وَالدَّرْهَمَ أَحَدًا وَثَلَاثِينَ، وَالدِّينَارَ أَرْبَعَةً وَأَرْبَعِينَ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ مَا^(١٦) مَعَ الْعَمِّ خُمْسَةٌ وَسَبْعُونَ^(١٧)، وَمَعَ الْخَالِ ثَمَانِيَةً وَثَمَانُونَ^(١٨)، وَمَعَ الْجَدِّ ثَلَاثَةً وَتِسْعُونَ، وَمَعَ الْآخِرِ مِائَةً وَأَرْبَعَةً، إِذَا زِدْتَ عَلَى مَا مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مَا اسْتَنْتَيْتُهُ مِنْهُ، صَارَ مَعَهُ

ظ ٨٠/٦

(١١) في م: «أودرها».

(١٢) في م: «ثلاثة».

(١٣) في ١، م: «للدينار».

(١٤) في ١: «وحول».

(١٥) في م: «الدراهم».

(١٦) سقط من: الأصل، م.

(١٧) في النسخ: «وسبعين».

(١٨) في م: «وثمانين».

مِائَةٌ وَتِسْعَ عَشْرَةَ ، وَهِيَ الْعَشْرَةُ الْكَامِلَةُ ، فَصَارَتْ وَصِيَّةُ الْعَمِّ سِتَّةَ وَسِتَّةَ وَثَلَاثِينَ جُزْءًا ، وَوَصِيَّةُ الْخَالِ سَبْعَةً وَسَبْعَةً وَأَرْبَعِينَ جُزْءًا ، وَوَصِيَّةُ الْجَدِّ سَبْعَةً وَسَبْعَةً وَتِسْعِينَ جُزْءًا ، وَوَصِيَّةُ الْأَخِ ثَمَانِيَةً وَثَمَانِيَةً وَثَمَانِينَ جُزْءًا . وَبِطَرِيقِ الْبَابِ ، تَضْرِبُ الْمَخَارِجَ بَعْضُهَا فِي بَعْضٍ ، تَكُنْ مِائَةٌ وَعِشْرِينَ ، تَنْقُصُهَا وَاحِدًا ، يَبْقَى مِائَةٌ وَتِسْعَةَ عَشَرَ ، فَهَذَا الْمَقْسُومُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ تَنْقُصُ الْاِثْنَيْنِ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي ثَلَاثَةٍ ، ثُمَّ تَزِيدُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ سِتَّةَ عَشَرَ ، تَنْقُصُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي خَمْسَةٍ ، تَكُنْ خَمْسَةٌ وَسَبْعِينَ ، فَهَذِهِ وَصِيَّةُ الْعَمِّ ، تَضْرِبُهَا فِي عَشْرَةٍ ، ثُمَّ تَقْسِمُهَا عَلَى تِسْعَةِ عَشَرَ ، تَكُنْ سِتَّةَ (١٩) وَثَلَاثِينَ جُزْءًا ، ثُمَّ تَنْقُصُ الثَّلَاثَةَ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ ، وَتَزِيدُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي خَمْسَةٍ ، تَكُنْ خَمْسَةٌ وَأَرْبَعِينَ ، تَنْقُصُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي اِثْنَيْنِ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةً وَثَمَانِينَ ، فَهَذِهِ وَصِيَّةُ الْخَالِ ، ثُمَّ تَنْقُصُ الْأَرْبَعَةَ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي خَمْسَةٍ (٢٠) ، تَكُنْ خَمْسَةَ عَشَرَ ، وَتَزِيدُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي اِثْنَيْنِ ، تَكُنْ اِثْنَيْنِ وَثَلَاثِينَ ، تَنْقُصُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ ثَلَاثَةٌ / ٨١/٦ وَتِسْعِينَ ، فَهَذِهِ وَصِيَّةُ الْجَدِّ ، ثُمَّ تَنْقُصُ الْخَمْسَةَ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي اِثْنَيْنِ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةً ، تَزِيدُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ سَبْعَةً وَعِشْرِينَ ، تَنْقُصُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ مِائَةً وَأَرْبَعَةً ، فَهِيَ وَصِيَّةُ الْأَخِ (٢١) . وَفِي ذَلِكَ تَضْرِبُ الْعَدَدَ الَّذِي مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، وَتَقْسِمُهُ عَلَى تِسْعَةِ عَشَرَ ، فَالْمَخَارِجُ بِالْقِسْمِ هُوَ وَصِيَّتُهُ ، وَلَوْ وَصَّى لِعَمِّهِ بِعَشْرَةٍ وَنَصَفِ وَصِيَّةِ خَالِهِ ، وَلِخَالِهِ بِعَشْرَةٍ وَثُلْثِ وَصِيَّةِ عَمِّهِ ، كَانَتْ وَصِيَّةُ الْعَمِّ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، وَوَصِيَّةُ الْخَالِ سِتَّةَ عَشَرَ ، وَبِأَبْهَا أَنْ تَضْرِبَ أَحَدَ الْمَحْرَجَيْنِ فِي الْآخَرِ ، وَتَنْقُصَهُ (٢٢) وَاحِدًا ، فَهُوَ الْمَقْسُومُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ تَزِيدُ

(١٩) فِي الْأَصْلِ ، أَزْيَادَةٌ : « وَتِسْعَةٌ » .

(٢٠) فِي ١ : « الْخَمْسَةُ » .

(٢١) فِي أَزْيَادَةٍ : « كُلُّهُ » .

(٢٢) فِي م : « وَانْقُصَهُ » .

مَخْرَجِ النُّصْفِ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهُ فِي مَخْرَجِ الثُّلْثِ ، ثُمَّ فِي عَشْرَةٍ ، تُكُنُّ تِسْعِينَ ، مَقْسُومَةً عَلَى ^(٢٣) خَمْسَةِ عَشَرَ ^(٢٣) ، تُكُنُّ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، ثُمَّ تَزِيدُ مَخْرَجَ الثُّلْثِ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهُ فِي مَخْرَجِ النُّصْفِ ، ثُمَّ فِي عَشْرَةٍ ، تُكُنُّ ثَمَانِينَ ، مَقْسُومَةً عَلَى خَمْسَةٍ . فَإِنْ كَانَ مَعَهَا آخَرُ ، وَوَصَّى لِلْخَالِ بَعَشْرَةَ وَرُبْعَ وَصِيَّتِهِ ، وَوَصَّى لَهُ بِعَشْرَةِ وَرُبْعَ وَصِيَّةِ الْعَمِّ ، ضَرَبْتَ الْمَخَارِجَ ، وَنَقَصْتَهَا وَاحِدًا ، تُكُنُّ ثَلَاثَةً وَعِشْرِينَ ، فَهِيَ الْمَقْسُومُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ تَزِيدُ الْاِثْنَيْنِ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي ثَلَاثَةٍ تُكُنُّ تِسْعَةً ، فَرِذْهَا وَاحِدًا ، وَاضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ ، تُكُنُّ أَرْبَعِينَ ، ثُمَّ ^(٢٤) فِي عَشْرَةٍ ، ثُمَّ اقْسِمِهَا تَخْرُجُ سَبْعَةَ عَشَرَ ، وَتِسْعَةَ أَجْزَاءٍ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ الْعَمِّ ، ثُمَّ تَصْنَعُ فِي الْبَاقِيَيْنِ كَمَا ذَكَرْنَا ، فَتَكُونُ وَصِيَّةُ الْخَالِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ وَثَمَانِيَةَ عَشَرَ جُزْءًا ، وَوَصِيَّةُ الثَّالِثِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ وَثَمَانِيَةَ أَجْزَاءٍ ، وَإِنْ شِئْتَ بَعْدَ مَا عَمِلْتَ وَصِيَّةَ الْعَمِّ ، فَاضْرِبِ الزَّائِدَ مِنْ وَصِيَّتِهِ فِي اِثْنَيْنِ ، فَهُوَ وَصِيَّةُ الْخَالِ ، وَاضْرِبِ الزَّائِدَ عَنِ الْعَشْرَةِ مِنْ وَصِيَّةِ الْخَالِ فِي ثَلَاثَةٍ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ الْعَمِّ ، وَمَتَى عَرَفْتَ مَا مَعَ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، أَمْكَنْكَ مَعْرِفَةُ مَا مَعَ الْآخَرِينَ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَهَذَا الْقَدْرُ مِنْ هَذَا الْفَنِّ يَكْفِي ، فَإِنَّ الْحَاجَةَ إِلَيْهِ قَلِيلَةٌ ، وَقُرُوعُهُ كَثِيرَةٌ طَوِيلَةٌ ، / وَغَيْرُهَا أَهَمُّ مِنْهَا ، وَاللَّهُ تَعَالَى يُوفِّقُنَا لِمَا يَرْضَاهُ ، ^(٢٣) إِنَّهُ عَلَى مَا يَشَاءُ قَدِيرٌ ^(٢٣) .

ظ ٨١/٦

(٢٣ - ٢٣) سقط من : الأصل ، ١ .

(٢٤) سقط من : م .

فهرس

الجزء الثامن

كتاب الإجازات

- فصل : اشتقاق الإجارة من الأجر ، وهو
٦ العوض .
- ٧ فصل : هى نوع من البيع .
- ٧ فصل : لا تصح إلا من جائز التصرف .
- ٨٩١ - مسألة : (وإذا وقعت الإجارة على مدة معلومة ،
بأجرة معلومة ، فقد ملك المستأجر المنافع ،
وملكت عليه الأجرة كاملة ، فى وقت
٧ - ٢٠ العقد ، إلا أن يشترط أجلا)
- فصل : لا يشترط فى مدة الإجارة أن تلى
٩ ، ١٠ العقد .
- ١١ ، ١٠ فصل : لا تتقدر أكثر مدة الإجارة .
- فصل : الإجارة على ضربين ؛ أحدهما ، أن
يعقدها على مدة . والثانى ، أن يعقدها
١١ ، ١٢ على عمل معلوم .
- فصل : من اكترى دابة إلى العشاء ، فأخر
١٢ ، ١٣ المدة إلى غروب الشمس .
- فصل : إن اكترى فسطاطا إلى مكة ، ولم
يقبل متى أخرج ، فالكراء فاسد .
- ١٣ ، ١٤ فصل : الحكم الثالث ، أنه يشترط فى عوض
الإجارة كونه معلوما .
- ١٤ فصل : كل ما جاز ثمننا فى البيع ، جاز عوضا
١٤ ، ١٥ فى الإجارة .

- فصل : لو استأجر رجلا ليسلخ له بهيمة بجلدها . لم يجز . ١٥
- فصل : لو استأجر راعيا لغنم بثلث درهما ... ، أو نصفه ، أو جميعه ، لم يجز . ١٦ ، ١٥
- فصل : الحكم الرابع ، أن الإجارة إذا تمت ، وكانت على مدة ، ملك المستأجر المنافع المعقود عليها إلى المدة . ١٧ ، ١٦
- فصل : الحكم الخامس ، أن المؤجر يملك الأجرة بمجرد العقد ، إذا أطلق ولم يشترط المستأجر أجلا . ١٧ - ١٩
- فصل : الحكم السادس ، أنه إذا شرط تأجيل الأجر ، فهو إلى أجله . ١٩
- فصل : إذا استوفى المستأجر المنافع ، استقر الأجر . ٢٠ ، ١٩
- ٨٩٢ - مسألة : (وإذا وقعت الإجارة على كل شهر يشيء معلوم ، لم يكن لواحد منهما الفسخ ، إلا عند تقضى كل شهر) ٢٣ - ٢٠
- فصل : إذا قال : أجرتك دارى عشرين شهرا ، كل شهر بدرهم . جاز . ٢٢
- فصل : الإجارة عقد لازم من الطرفين ، ليس لواحد منهما فسخها . ٢٣ ، ٢٢
- ٨٩٣ - مسألة : (ومن استأجر عقارا مدة بعينها ، فبداله قبل تقضيتها ، فقد لزمته الأجرة كاملة) ٢٥ - ٢٣
- فصل : لا خلاف بين أهل العلم فى إباحة إجارة العقار . ٢٤ ، ٢٣
- فصل : كره أحمد كراء الحمام . ٢٥ ، ٢٤

- ٨٩٤ - مسألة : (ولا يتصرف مالك العقار فيه إلا عند
تقضى المدة)
٢٦ ، ٢٥
- ٨٩٥ - مسألة : (فإن حوله المالك قبل تقضى المدة ، لم يكن
له أجر لما سكن)
٢٧ ، ٢٦
- فصل : إذا هرب الأجير ، ... لم تنفسخ
الإجارة .
٢٧
- ٨٩٦ - مسألة : (فإن جاء أمر غالب ، يحجز المستأجر عن
منفعة ما وقع عليه العقد ، لزمه من الأجر
بمقدار مدة انتفاعه)
٢٧ - ٣٤
- فصل : القسم الثانى ، أن يحدث على العين ما
يمنع نفعها ، ... فهذه ينظر فيها ؛ ...
٣٠ ، ٢٩
- فصل : القسم الثالث ، أن تغصب العين
المستأجرة ، فللمستأجر الفسخ .
٣١ ، ٣٠
- فصل : القسم الرابع ، أن يتعذر استيفاء
المنفعة من العين بفعل صدر منها .
٣١
- فصل : القسم الخامس ، أن يحدث خوف
عام ، ... فهذا يثبت للمستأجر خيار
الفسخ .
٣٢ ، ٣١
- فصل : إذا اكترى عينا ، فوجد بها عيبا لم
يكن علم به ، فله فسخ العقد .
٣٣ ، ٣٢
- فصل : وعلى المكترى ما يتمكن به من
الانتفاع .
٣٤ ، ٣٣
- فصل : إن شرط على مكترى الحمام ، أو
غيره ، أن مدة تعطيله عليه ، لم يجز .
٣٤
- فصل : إن شرط الإنفاق على العين النفقة
الواجبة على المكترى ، ... إذا شرطها

- ٣٤ على المكرى فالشرط فاسد .
- ٨٩٧ - مسألة : (ومن استأجر لعمل شيء بعينه ، فمعرض ،
أقيم مقامه من عمله ، والأجرة على المريض)
٤٣ - ٣٥ فصل : يجوز الاستئجار لحفر الآبار والأنهار
والقنى .
٣٧ ، ٣٦ فصل : يجوز الاستئجار لضرب اللبن .
٣٨ ، ٣٧ فصل : يجوز الاستئجار للبناء .
٣٨ فصل : يجوز الاستئجار لتطين السطوح
والحيطان وتخصيصها .
٣٨ فصل : يجوز استئجار ناسخ لينسخ له كتب
فقهاء أو ...
٣٩ ، ٣٨ فصل : يجوز أن يستأجر من يكتب له
مصحفا .
٣٩ فصل : يجوز أن يستأجر لحصاد زرعه .
٤٠ ، ٣٩ فصل : يجوز الاستئجار لاستيفاء القصاص ،
في النفس وما دونها .
٤١ ، ٤٠ فصل : يجوز استئجار رجل ليدله على
طريق .
٤١ فصل : يجوز أن يستأجر سمسارا ، يشتري له
ثيابا .
٤٢ فصل : إن استأجره لبيع له ثيابا بعينها ،
صح .
٤٣ ، ٤٢ فصل : يجوز أن يستأجر لخدمته من يخدمه
كل شهر ، بشيء معلوم .
٤٣ ٨٩٨ - مسألة : (وإذا مات المكرى والمكرى ، أو أحدهما ،
فالإجارة بحالها)
٥١ - ٤٣

- فصل : إن مات المكترى ، ولم يكن له وارث
يقوم مقامه فى استيفاء المنفعة ، ...
٤٥ ، ٤٤ . الإجارة تنفسخ فيما بقى من المدة .
- فصل : إذا أجر الموقوف عليه الوقف مدة ،
فمات فى أثنائها ، وانتقل إلى من بعده
٤٦ ، ٤٥ ففيه وجهان ؛ ...
- فصل : إن أجر الولى الصبى ، أو ماله مدة ،
فبلغ فى أثنائها ، ... ليس له فسخ
٤٧ ، ٤٦ . الإجارة .
- فصل : إن أجر عبده مدة ، ثم أعتقه فى
أثنائها ، صح العتق ، ولم يبطل عقد
٤٨ ، ٤٧ . الإجارة .
- فصل : إذا أجر عينا ، ثم باعها ، صح البيع .
٤٩ ، ٤٨
فصل : إن اشتراها المستأجر ، صح البيع . ٤٩
فصل : إن ورث المستأجر العين المستأجرة ،
فالحكم فيه كما لو اشتراها ، فى بطلان
٥٠ ، ٤٩ . الإجارة أو بقائها .
- فصل : إن اشترى المستأجر العين ، ثم
وجدها معيبة ، فردها ، فإن قلنا : ... ٥٠
فصل : إذا وقعت الإجارة على عين ، ...
٥١ ، ٥٠ . فتلفت ، انفسخ العقد بتلفها .
- ٨٩٩ - مسألة : (ومن استأجر عقارا ، فله أن يسكنه غيره
إذا كان يقوم مقامه)
٦٨ - ٥٢
فصل : إذا اكترى دارا ، جاز إطلاق العقد . ٥٣ ، ٥٢
فصل : إذا اكترى ظهراً ليركبه ، فله أن
٥٣ يركبه مثله .
- فصل : إن شرط أن لا يستوفى فى المنفعة
بمثله . فقياس قول أصحابنا صحة
٥٤ ، ٥٣ . العقد ، وبطلان الشرط .

- فصل : يجوز للمستأجر أن يؤجر العين
المستأجرة إذا قبضها . ٥٥ ، ٥٤
- فصل : يجوز للمستأجر إجارة العين ، بمثل
الأجرة وزيادة . ٥٦
- فصل : نقل الأثرم ، عن أحمد ، أنه سأل عن
الرجل يتقبل العمل من الأعمال ،
فيقبله بأقل من ذلك ، أيجوز له
الفضل ؟ قال : ما أدرى . ٥٧ ، ٥٦
- فصل : كل عين استأجرها لمنفعة ، فله أن
يستوفي مثل تلك المنفعة وما دونها في
الضرر . ٥٧
- فصل : إن اكرى دابة ليركبها في مسافة
معلومة ، ... فأراد العدول بها إلى
ناحية أخرى مثلها في القدر أضر
منها ، ... لم يجوز . ٥٨
- فصل : يجوز أن يكرى قميصا ليلبسه . ٥٩ ، ٥٨
- فصل : إن استأجر أرضا . صح ... ولا
يصح حتى يرى الأرض . ٥٩ - ٦١
- فصل : إن أكرها للغراس ؛ ففيه ما ذكرنا
من المسائل ، إلا أن له أن يزرعها . ٦١
- فصل : لا تخلو الأرض من قسمين ؛
أحدهما ، أن يكون له ماء دائم ، ...
والثاني ، أن لا يكون لها ماء دائم . ٦١ - ٦٣
- فصل : إن اكرى أرضا غارقة بالماء ، لا
يمكن زرعها قبل انحساره عنها ، ...
فالعقد باطل . ٦٣

- فصل : متى غرق الزرع أو هلك ، ... فلا ضمان على المؤجر ، ولا خيار للمكترى ...
٦٣ ، ٦٤
- فصل : إذا استأجر أرضا للزراعة مدة ، فانقضت ، وفيها زرع لم يبلغ حصاده ، لم يخل من حالين ؛ ...
٦٤ ، ٦٥
- فصل : إذا اكترى الأرض لزرع مدة لا يكمل فيها ... نظرنا ؛ ...
٦٥ ، ٦٦
- فصل : إذا أجره للغراس سنة ، صح .
٦٦ - ٦٨
- ٩٠٠ - مسألة : (ويجوز أن يستأجر الأجير بطعامه وكسوته)
٦٨ - ٧٢
- فصل : إن شرط الأجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة ، ... جاز .
٧٠
- فصل : إن استغنى الأجير عن طعام المؤجر بطعام نفسه ، ... لم تسقط نفقته ، وكان له المطالبة بها .
٧٠
- فصل : إذا دفع إليه طعامه ، فأحب الأجير أن يستفضل بعضه لنفسه ، نظرت ؛ ...
٧١
- فصل : إن قدم إليه طعاما ، فنهب أو تلف قبل أكله ، نظرت ؛ ...
٧١
- فصل : إذا دفع إلى رجل ثوبا ، وقال : بعه بكذا ، فما ازددت فهو لك . صح .
٧١ ، ٧٢
- فصل : قال أحمد ، ... : لا بأس أن يحصد الزرع ، ويصرم النخل ، بسدس ما يخرج منه .
٧٢
- ٩٠١ - مسألة : (وكذلك الظئر)
٧٢ - ٧٦

- فصل : يشترط لهذا العقد أربعة شروط ، ... ٧٣
- فصل : اختلف في المعقود عليه في الرضاع ، ... ٧٤
- فصل : على المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر به لبنها ، ويصلح به ، وللمكترى مطالبته بذلك . ٧٤
- فصل : يجوز للرجل أن يؤجر أمته ، و ... ٧٥ ، ٧٤
- فصل : يجوز للرجل استئجار أمة ، وأخته ، وابنته ، لرضاع ولده ، وكذلك سائر أقاربه . ٧٦ ، ٧٥
- فصل : تنفسخ الإجارة بموت المرضعة . ٧٦
- ٩٠٢ - مسألة : (ويستحب أن تعطى عند الفطام عبداً أو أمة ، كما جاء في الخبر ، إذا كان المسترضع موسراً) ٧٧ ، ٧٦
- ٩٠٣ - مسألة : (ومن اكترى دابة إلى موضع ، فجاوزه ، فعليه الأجرة المذكورة ، وأجرة المثل لما جاوزه ، وإن تلفت فعليه أيضاً قيمتها) ٧٧ - ٨٠
- الكلام في هذه المسألة في فصلين : أحدهما : في الأجر الواجب ، وهو المسمى ، وأجر المثل للزائد . ٧٨ ، ٧٧
- الفصل الثاني : في الضمان ، ظاهر كلام الخرق وجوب قيمتها إذا تلفت به . ٧٨ - ٨٠
- فصل : لا يسقط الضمان بردها إلى المسافة . ٨٠
- ٩٠٤ - مسألة : (وكذلك إن اكترى لحمولة شيء ، فزاد عليه) ٨٠ - ٨٤

- فصل : إن اكترى دابة إلى مسافة ، فسلك
 ٨٢ أشق منها ، ... يخرج فيها وجهان .
- فصل : إذا أكره لحمل قفيزين ، فحملهما ،
 فوجدما ثلاثة ، فإن كان المكترى
 ٨٣ ، ٨٤ تولى الكيل ...
- ٩٠٥ - مسألة : (ولا يجوز أن يكترى مدة غزاته)
 ٨٤
- ٩٠٦ - مسألة : (فإن سمي لكل يوم شيئا معلوما ، فجائز)
 ٨٤ - ٨٩
- فصل : نقل أبو الحارث ، عن أحمد ، في رجل
 استأجر دابة ، في عشرة أيام ، بعشرة
 دراهم ، فإن حبسها أكثر من ذلك ،
 ٨٥ فله بكل يوم درهم ، فهو جائز .
- فصل : إن قال : إن خطت هذا الثوب اليوم
 فلك درهم ، وإن خطته غدا فلك
 ٨٦ نصف درهم ... فيه روايتان ؟ ...
- فصل : إن قال : إن خطته روميا فلك
 درهم ، وإن خطته فارسيا فلك
 ٨٦ ، ٨٧ نصف درهم . ففيها وجهان ؟ ...
- فصل : نقل مهنا ، عن أحمد في من استأجر
 من حمال إلى مصر بأربعين دينارا ،
 ٨٧ فإن نزل دمشق فكراؤه ...
- فصل : في مسائل الصبرة ، وفيها عشرة
 ٨٧ - ٨٩ مسائل ؟ ...
- ٩٠٧ - مسألة : (ومن اكترى إلى مكة ، فلم ير الجمال
 الركابين والمحمل ، والأغطية ، والأوطنة ،
 لم يجز الكراء)
 ٨٩ - ٩٧
- فصل : إذا كان الكراء إلى مكة ، أو طريق

- لا يكون السير فيه إلى اختيار المتكاريين ، فلا وجه لذكر تقدير السير فيه . ٩١ ، ٩٢
- فصل : إن اشترط حمل زاد مقدر ، كجاءة رطل ، نظرنا ؛ ... ٩٢
- فصل : إذا اكترى جملا ليحج عليه ، فله الركوب عليه إلى مكة ، ومن مكة إلى عرفة ، والخروج عليه إلى منى . ٩٢
- فصل : فيما يلزم المكري والمكترى للركوب . ٩٣
- فصل : إذا كان الراكب ممن لا يقدر على الركوب والبيع قائم ، ... فعلى الجمال أن يترك الجمال لركوبه ونزوله . ٩٣ ، ٩٤
- فصل : إذا اكترى ظهرا في طريق العادة فيه النزول ... والمكترى امرأة أو ضعيف ، لم يلزمه النزول . ٩٤
- فصل : إن هرب الجمال في بعض الطريق ، أو قبل الدخول فيها ، لم يخل من حالين ؛ ... ٩٤ - ٩٦
- ٩٠٨ - مسألة : (فإن رأى الراكبين ، أو وصفا له ، وذكر الباقى بأرطال معلومة ، فجائز) ٩٧ - ١٠٣
- فصل : يجوز اكتراء الإبل والدواب للحمولة . ٩٨ ، ٩٩
- فصل : يجوز كراء الدابة للعمل . ١٠٠ ، ١٠١
- فصل : يجوز استئجار بهيمة لإدارة الرعى . ١٠١ ، ١٠٢

- فصل : إذا اكترى حيوانا لعمل لم يخلق له ، ... جاز . ١٠٣ ، ١٠٢
- ٩٠٩ - مسألة : (وما حدث في السلعة من يد الصانع ، ضمن) ١١٢ - ١٠٣
- فصل : ذكر القاضى أن الأجير المشترك إنما يضمن إذا كان يعمل في ملك نفسه . ١٠٥ ، ١٠٤
- فصل : ذكر القاضى أنه إذا كان المستأجر على حملة عبيدا صغارا أو كبارا ، فلا ضمان على المكارى فيما تلف من سَوِّقه وقوده . ١٠٦ ، ١٠٥
- فصل : فأما الأجير الخاص فهو الذى يستأجر مدة ، فلا ضمان عليه ، ما لم يتعد . ١٠٦
- فصل : إذا استأجر الأجير المشترك أجيرا خاصا ، ... لم يضمنه ... ويضمنه صاحب الدكان . ١٠٧
- فصل : إذا أتلف الصانع الثوب بعد عمله ، فصاحبه مخير ... ١٠٧
- فصل : إذا دفع إلى حائك غزلا ، فقال : انسجه لى عشرة أذرع فى عرض ذراع . فنسجه زائدا ... فلا أجر له فى الزيادة . ١٠٨ ، ١٠٧
- فصل : إذا دفع إلى خياط ثوبا ، فقال : إن كان يقطع قميصا فاقطعه . فقال : هو يقطع . وقطعه ، فلم يكف ، فعليه ضمانه . ١٠٩ ، ١٠٨
- فصل : إن أمره أن يقطع الثوب قميص رجل ، فقطعه قميص امرأة ، فعليه

- غرم ما بين قيمته صحيحا ومقطوعا . ١٠٩
فصل : إن اختلفا ، ... فالقول قول الخياط
والصباغ . ١١١ - ١٠٩
فصل : وكل من استؤجر على عمل في
عين ، ... فلا يخلو ؛ ... ١١٢ ، ١١١
٩١٠ - مسألة : (وإن تلفت من حرز ، فلا ضمان عليه ،
ولا أجر له فيما عمل فيها) ١١٦ - ١١٢
فصل : إذا حبس الصانع الثوب بعد
عمله ، ... فتلف ، ... لزمه
الضمان . ١١٣
فصل : إذا أخطأ القصار ، فدفع الثوب إلى
غير مالكة ، فعليه ضمانه . ١١٣
فصل : العين المستأجرة أمانة في يد
المستأجر . ١١٤ ، ١١٣
فصل : إن شرط المؤجر على المستأجر ضمان
العين ، فالشرط فاسد . ١١٥ ، ١١٤
فصل : إن كانت الإجارة فاسدة ، لم يضمن
العين أيضا . ١١٥
فصل : للمستأجر ضرب الدابة بقدر
ما جرت به العادة . ١١٦ ، ١١٥
٩١١ - مسألة : (ولا ضمان على حجام ، ولا ختان ، ولا
متطبب ، إذا عرف منهم حديق الصنعة ، ولم
تجن أيديهم) ١٢٣ - ١١٧
فصل : إن ختن صبيا بغير إذن وليه ...
فسرت جنائته ، ضمن . ١١٧
فصل : يجوز الاستعجار على الختان . ١١٧

- فصل : يجوز أن يستأجر حجاما ليحجمه . ١١٨ - ١٢٠
- فصل : أما استئجار الحجام لغير الحجامة ، ... فجائز . ١٢٠
- فصل : يجوز أن يستأجر كحالا ليكحل عينه . ١٢٠ ، ١٢١
- فصل : إذا استأجره مدة ، فكحله فيها ، فلم تبرأ عينه ، استحق الأجر . ١٢١ ، ١٢٢
- فصل : يجوز أن يستأجر طبيبا ليداويه . ١٢٢
- فصل : يجوز أن يستأجر من يقلع ضرسه . ١٢٢ ، ١٢٣
- فصل : من استأجر على عمل موصوف في الذمة ، ... فبذل الأجير نفسه للعمل ، فلم يمكنه المستأجر ، لم تستقر الأجرة بذلك . ١٢٣
- ٩١٢ - مسألة : (ولا ضمان على الراعى إذا لم يتعد) ١٢٣ - ١٤٥
- فصل : لا يصح العقد في الرعى إلا على مدة معلومة . ١٢٤ ، ١٢٥
- فصل : فيما تجوز إجارته . ١٢٥ ، ١٢٦
- فصل : تجوز إجارة الدراهم والدنانير ، للوزن والتحلى ، في مدة معلومة . ١٢٦ ، ١٢٧
- فصل : يجوز أن يستأجر شجرا ونخيلا ، ليجفف عليها الثياب ، أو يسطها عليها ليستظل بظلها . ١٢٧ ، ١٢٨
- فصل : يجوز استئجار غنم لتدوس له طينا أو زراعا . ١٢٨
- فصل : يجوز استئجار ما يبقى من الطيب و ... ، لتشمه المرضى وغيرهم مدة ،

- ثم يردده . ١٢٨
- فصل : تجوز إجارة الحائط ، ليضع عليها خشبا معلوما ، مدة معلومة . ١٢٨
- فصل : يجوز استئجار دار يتخذها مسجدا يصلى فيه . ١٢٨
- فصل : ذكر ابن عقيل ، أنه يجوز استئجار البئر ، ليستقى منها أياما معلومة . ١٢٩
- فصل : يجوز استئجار الفهد والبازى والصقر للصيد ، فى مدة معلومة . ١٢٩
- فصل : ما لا تجوز إجارته أقسام : أحدها : ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه . ١٢٩ ، ١٣٠
- فصل : لا تجوز إجارة الفحل للضراب . ١٣٠ ، ١٣١
- فصل : القسم الثانى ، ما منفعته محرمة . ١٣١ ، ١٣٢
- فصل : يكره أن يؤجر نفسه لكسح الكنف . ١٣٢ ، ١٣٣
- فصل : لا يجوز للرجل إجارة داره لمن يتخذها كنيسة . ١٣٣
- فصل : القسم الثالث ، ما يحرم بيعه ، إلا الحر والوقف وأم الولد والمدبر ، فإنه يجوز إجارتها ، وإن حرم بيعها . ١٣٣ ، ١٣٤
- فصل : فى إجارة المصحف وجهان ؛ أحدهما ، لا تصح إجارته ... والثانى ، تجوز إجارته . ١٣٤ ، ١٣٥
- فصل : لا تجوز إجارة المسلم للذمى لخدمته . ١٣٥ ، ١٣٦
- فصل : نقل إبراهيم الحرنى ، عن أحمد ، أنه سئل عن الرجل يكترى الديك يوقظه لوقت الصلاة : لا يجوز . ١٣٦

فصل : القسم الرابع ، القرب التى يختص
فاعلهما بكونه من أهل القربة . ١٣٦ - ١٣٩

فصل : إن أعطى المعلم شيئاً من غير
شرط ... لا يطالب ، ولا يشارط . ١٤٠ ، ١٤١

فصل : ما لا يختص فاعله أن يكون من أهل
القربة ، ... جاز أخذ الأجر عليه . ١٤١

فصل : إذا اختلفا فى قدر الأجر ... تحالفا ،
ويبدأ يمين الأجر . ١٤١ ، ١٤٢

فصل : إن اختلفا فى المدة ، ... فالقول قول
المالك . ١٤٢

فصل : إن اختلفا فى التعدى فى العين
المستأجرة ، فالقول قول المستأجر . ١٤٢ ، ١٤٣

فصل : إذا دفع ثوبه إلى خياط أو قصار ،
ليخيطه أو يقصره ، من غير عقد ولا
شرط ... ففعلاً ذلك ، فلهما الأجر . ١٤٣ ، ١٤٤

فصل : إذا استأجر رجلاً ليحمل له كتاباً إلى
مكة أو غيرها ... استحق الأجر
بمحملة فى الذهاب والرد . ١٤٤

كتاب إحياء الموات

٩١٣ - مسألة : (ومن أحيا أرضاً ، لم تملك ، فهى له) ١٤٦ - ١٥٤

فصل : لا فرق فيما ذكرنا بين دار الحرب
ودار الإسلام . ١٤٨

فصل : لا فرق بين المسلم والذمى فى
الإحياء . ١٤٨ ، ١٤٩

فصل : ما قرب من العامر ، وتعلق

- بمصلحه ، ... فلا يجوز إحياءه . ١٤٩ ، ١٥٠
- فصل : وجميع البلاد فيما ذكرنا سواء ... ١٥٠ ، ١٥١
- فصل : إن تحجر رجل مواتا ... لم يملكها
بذلك . ١٥١ - ١٥٣
- فصل : للإمام إقطاع الموات لمن يحييه . ١٥٣ ، ١٥٤
- ٩١٤ - مسألة : (إلا أن تكون أرض ملح أو ماء للمسلمين
فيه المنفعة ، فلا يجوز أن ينفرد بها الإنسان) ١٥٤ - ١٧٦
- فصل : أما المعادن الباطنة ، ... لم تملك أيضا
بالأحياء . ١٥٦ ، ١٥٧
- فصل : من أحيا أرضا ، فملكها بذلك ،
فظهر فيها معدن ، ملكه . ١٥٧
- فصل : لو شرع إنسان في حفر معدن ، ولم
يصل إلى النيل ، صار أحق به . ١٥٧ ، ١٥٨
- فصل : لو كان في الموات موضع يمكن أن
يحدث فيه معدنا ظاهرا ... ملك
بالأحياء . ١٥٨
- فصل : من ملك معدنا ، فعمل فيه غيره بغير
إذنه ، فما حصل منه فهو للمالكه .
- ولا أجر للغاصب . ١٥٨ ، ١٥٩
- فصل : إذا استأجر رجلا ليحفر له ... صح . ١٥٩
- فصل : من سبق في الموات إلى معدن ... ،
فهو أحق بما ينال منه . ١٥٩ ، ١٦٠
- فصل : ما نضب عنه الماء من الجزائر ، لم
يملك بالأحياء . ١٦٠ ، ١٦١
- فصل : ما كان من الشوارع والطرق ...
فليس لأحد إحياءه . ١٦١ ، ١٦٢

- فصل : فى القطائع ، وهى ضربان ؛ ... ١٦٢ - ١٦٤
- فصل : ليس للإمام إقطاع ما لا يجوز إحياءه
من المعادن الظاهرة . ١٦٤ ، ١٦٥
- فصل : لا ينبغي أن يقطع الإمام أحدا من
الموات ، إلا ما يمكنه إحياءه . ١٦٥
- فصل : فى الحمى . ١٦٥ - ١٦٧
- فصل : ما حماه النبى ﷺ ، فليس لأحد
نقضه . ١٦٧
- فصل : فى أحكام المياه ... إما ... جاريا أو
واقفا ، فإن كان جاريا فهو ضربان ؛
أحدهما ... ١٦٧ - ١٧٠
- فصل : بالضرب الثانى ، الماء الجارى فى نهر
مملوك ، وهو أيضا قسمان ؛ ... ١٧٠ - ١٧٢
- فصل : إذا حصل نصيب لإنسان فى ساقيته .
فله أن يسقى به ما شاء من الأرض . ١٧٢ ، ١٧٣
- فصل : لكل واحد منهم أن يتصرف فى
ساقيته المختصة به . ١٧٣ ، ١٧٤
- فصل : إن قسموا ماء النهر المشترك بالمهاياة ،
جاز . ١٧٤ ، ١٧٥
- فصل : القسم الثانى ، أن يكون منبع الماء
مملوكا . ١٧٥
- فصل : إذا كان النهر أو الساقية مشتركا بين
جماعة ، فإن أرادوا إكراهه ... كان
ذلك عليهم على حسب ملكهم . ١٧٦
- ٩١٥ - مسألة : (وإحياء الأرض أن يحوط عليها حائطا) ١٧٦ - ١٧٨
- ٩١٦ - مسألة : (أو يحفر فيها بئرا ، فيكون له خمس
وعشرون ذراعا حواليا ، وإن سبق إلى بئر

- عادية ، فحريمها خمسون ذراعا) ١٧٨ - ١٨٢
 فصل : لا بد أن يكون البئر فيها ماء . ١٨٠ ، ١٨١
 فصل : إذا كان لإنسان شجرة في موات ،
 فله حريمها قدر ما تمتد إليه أغصانها
 ١٨١ حوالها .
 فصل : من كانت له بئر فيها ماء ، فحققر آخر
 قريبا منها بئرا ... فليس له ذلك ١٨١ ، ١٨٢
 ٩١٧ - مسألة : (وسواء في ذلك ما أحياه ، أو سبق إليه
 بإذن الإمام ، أو غير إذنه) ١٨٢ - ١٨٦
 فصل : أما ما سبق إليه ، فهو الموات . ١٨٣

كتاب الوقوف والعطايا

- ٩١٨ - مسألة : (ومن وقف في صحة من عقله وبدنه ، على
 قوم وأولادهم وعقبهم ثم آخره للمساكين ،
 فقد زال ملكه عنه) ١٨٦ - ١٩١
 في هذه المسألة فصول ثلاثة :
 أحدها : أن الوقف إذا صح ، زال به ملك
 الواقف عنه . ١٨٦ ، ١٨٧
 الفصل الثاني : أن ظاهر هذا الكلام ، أنه يزول
 الملك ، ويلزم الوقف بمجرد اللفظ . ١٨٧
 الفصل الثالث : أنه لا يفتقر إلى القبول من
 الموقوف عليه . ١٨٧ ، ١٨٨
 فصل : ينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف
 عليهم . ١٨٨ ، ١٨٩
 فصل : ألفاظ الوقف ستة ، ثلاثة صريحة ،
 وثلاثة كناية . ١٨٩

- فصل : ظاهر مذهب أحمد أن الوقف يحصل بالفعل مع القرائن الدالة عليه . ١٩٠ ، ١٩١
- ٩١٩ - مسألة : (ولا يجوز أن يرجع إليه شيء من منافعه) ١٩١
- ٩٢٠ - مسألة : (إلا أن يشترط أن يأكل منه ، فيكون له مقدار ما يشترط) ١٩١ - ١٩٤
- فصل : إن شرط أن يأكل أهله منه ، صح الوقف والشرط . ١٩٢
- فصل : إن شرط أن يبيعه متى شاء ، ... لم يصح الشرط ولا الوقف . ١٩٢ ، ١٩٣
- فصل : إن شرط في الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف ، ويدخل من شاء ... لم يصح . ١٩٣
- فصل : إذا جعل علو داره مسجدا دون سفليها ، أو ... صح . ١٩٣
- فصل : إن جعل وسط داره مسجدا ، ولم يذكر الاستطراق ، صح . ١٩٤
- فصل : إذا وقف على نفسه ، ثم على المساكين ، أو على ولده ، ففيه روايتان ؛ ... ١٩٤
- ٩٢١ - مسألة : (والباقي على من وقف عليه وأولاده الذكور والإناث من أولاد البنين بينهم بالسوية ، إلا أن يكون الواقف فضّل بعضهم) ١٩٤ - ٢٠٧
- في هذه المسألة فصول أربعة :
- الأول : أنه إذا وقف على قوم وأولادهم وعقبهم ونسلهم ، كان الوقف بين القوم وأولادهم . ١٩٥

فصل : إن قال : وقفت على أولادى ، ثم على
المساكين ... يكون الوقف على
أولاده وأولاد أولاده ، من الأولاد

البنين . ١٩٥ - ١٩٧

فصل : إن رتب فقال : وقفت هذا على
ولدى ، وولد ولدى ، ... فيكون
على ما شرط ، ولا يستحق البطن
الثانى شيئا حتى ينقرض البطن كله . ١٩٧ ، ١٩٨

فصل : إن رتب بعضهم دون بعض ، ...
يشترك مَنْ شرك بينهم بالواو المقتضية
للجمع والتشريك . ١٩٨

فصل : إن قال : وقفت على أولادى ، ثم على
أولاد أولادى ، ... فهو على ما
شرطه . ١٩٨ - ٢٠٠

فصل : إن وقف على بنيه وهم ثلاثة ، ...
فهو على ما شرط . ٢٠٠

فصل : إن كان له ثلاثة بنين فقال : قد وقفت
على ولدى فلان وفلان ، وعلى ولد
ولدى . كان الوقف على الابنين

المسميين ، ... وليس للثالث شيء . ٢٠٠ ، ٢٠١
فصل : من وقف على أولاده أو أولاد غيره ،
وفيهم حمل ، لم يستحق شيئا قبل
انفصاله . ٢٠١ ، ٢٠٢

الفصل الثانى : إذا وقف على قوم وأولادهم ...
دخل فى الوقف ولد البنين . ٢٠٢ - ٢٠٥
الفصل الثالث : أنه إذا وقف على أولاد رجل ،

- وأولاد أولاده ، استوى فيه الذكر
والأنثى . ٢٠٥
- الفصل الرابع : أنه إذا فضّل بعضهم على بعض ،
فهو على ما قال . ٢٠٦ ، ٢٠٥
- فصل : المستحب أن يقسم الوقف على
أولاده ، على حسب قسمة الله تعالى
الميراث بينهم . ٢٠٧ ، ٢٠٦
- ٩٢٢ - مسألة : (فإذا لم يبق منهم أحد ، رجع إلى المساكين) ٢٠٧ - ٢١٠
فصل : إن وقف على سبيل الله ، أو ابن
السبيل ، ... فهم الذين يستحقون
السهم من الصدقات . ٢٠٩
- فصل : إذا وقف على سبيل الله ، وسبيل
الثواب ، ... يصرف ثلث الوقف إلى
من يصرف إليهم السهم من الزكاة . ٢١٠ ، ٢٠٩
- ٩٢٣ - مسألة : (فإن لم يجعل آخره للمساكين ، ولم يبق من
وقف عليه أحد ، رجع إلى ورثة الواقف ،
في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله ، رحمه
الله ، والرواية الأخرى يكون وقفا على
أقرب عصبة الواقف) ٢١٠ - ٢١٥
- فصل : إن لم يكن للواقف أقارب ، ...
صرف إلى الفقراء والمساكين . ٢١٣
- فصل : إن قال : وقفت هذا . وسكت ...
فلا نص فيه . وقال : ... يصح
الوقف . ٢١٣
- فصل : إن وقف على من يجوز الوقف عليه ،
ثم على من لا يجوز ... صح الوقف . ٢١٤

- فصل : إن كان الوقف منقطع الابتداء ...
 ٢١٤ ، ٢١٥ فالوقف باطل .
- فصل : إن كان الوقف صحيح الطرفين ، ...
 ٢١٥ خرج في صحة الوقف وجهان ؛ ...
- ٩٢٤ - مسألة : (ومن وقف في مرضه الذي مات فيه ، أو قال : هو وقف بعد موتي . ولم يخرج من الثلث ، وقف منه بقدر الثلث ، إلا أن تميز الورثة)
- ٢١٥ - ٢٢٠ فصل : لا يجوز تعليق ابتداء الوقف على شرط في الحياة .
 ٢١٦ ، ٢١٧
- فصل : إن علق انتهاءه على شرط ... لم يصح .
 ٢١٧
- فصل : إن قال : هذا وقف على ولدي سنة ، ثم على المساكين . صح .
 ٢١٧
- فصل : اختلفت الرواية عن أحمد في الوقف في مرضه على بعض ورثته ، فعنه : لا يجوز ذلك .
 ٢١٧ - ٢١٩
- فصل : إن وقف داره ، وهي تخرج من الثلث ، بين ابنه وبنته نصفين ، في مرض موته ، ... يصح الوقف ، ويلزم .
 ٢١٩ ، ٢٢٠
- ٩٢٥ - مسألة : (وإذا خرب الوقف ، ولم يرد شيئا ، بيع ، واشترى بثمنه ما يرد على أهل الوقف ، وجعل وقفا كالأول ، وكذلك الفرس الحبيس إذا لم يصلح للغزو ، بيع ، واشترى بثمنه ما يصلح للجهاد)
- ٢٢٠ - ٢٢٨ فصل : ظاهر كلام الخرق ، أن الوقف إذا

- بيع ، فأى شىء اشترى بثمنه مما يرد
 ٢٢٢ على أهل الوقف ، جاز .
- فصل : إذا لم يكف ثمن الفرس الحبيس لشراء
 فرس أخرى ، أعين به فى شراء فرس
 ٢٢٢ ، ٢٢٣ حبيس يكون بعض الثمن .
- فصل : إن لم تتعطل منفعة الوقف بالكلية ،
 ٢٢٣ لكن قلت ... لم يجوز بيعه .
- فصل : قال أحمد ، فى رواية أبى داود ، فى
 مسجد أراد أهله رفعه من الأرض ،
 ويجعل تحته سقاية وحوانيت ، فامتنع
 بعضهم من ذلك ، فينظر إلى قول
 ٢٢٣ أكثرهم .
- فصل : لا يجوز أن يغرس فى المسجد شجرة . ٢٢٤
- فصل : ما فضل من حصر المسجد
 وزيته ... ، جاز أن يجعل فى مسجد
 ٢٢٤ ، ٢٢٥ آخر .
- فصل : إذا جنى الوقف جناية توجب
 ٢٢٥ القصاص ، وجب .
- فصل : إن جنى على الوقف جناية موجبة
 ٢٢٦ للمال ، وجب .
- فصل : يجوز تزويج الأمة الموقوفة . ٢٢٦ ، ٢٢٧
- فصل : ليس للموقوف عليه وطء الأمة
 ٢٢٧ الموقوفة .
- فصل : إن أعتق العبد الموقوف ، لم ينفذ
 ٢٢٨ عتقه .
- ٩٢٦ - مسألة : (وإذا حصل فى يد بعض أهل الوقف خمسة
 أوسق ، ففيه الزكاة . وإذا صار الوقف

- للمساكين ، فلا زكاة فيه) ٢٢٨ ، ٢٢٩
- فصل : يصح الوقف على القبيلة العظيمة ، ... ويجوز الوقف على المسلمين كلهم . ٢٢٩
- ٩٢٧ - مسألة : (وما لا يتنفع به إلا بالإتلاف ، مثل الذهب والورق والمأكول والمشروب ، فوقفه غير جائز)
- ٢٢٩ - ٢٣١
- فصل : المراد بالذهب والفضة ههنا الدراهم والدنانير ، وما ليس بحلى . ٢٣٠
- فصل : لا يصح وقف الشمع . ٢٣٠ ، ٢٣١
- فصل : قال أحمد ، فى من وصى بفرس وسرج ولجام مفضض ، يوقف فى سبيل الله : فهو على ما وقف ووصى . ٢٣١
- ٩٢٨ - مسألة : (ويصح الوقف فيما عدا ذلك)
- ٢٣١ - ٢٣٣
- فصل : قال أحمد ، رحمه الله ، فى رجل له دار فى الربض ، ... فأراد التنزه منها . قال : يقفها . ٢٣٣
- ٩٢٩ - مسألة : (ويصح وقف المشاع)
- ٢٣٣ ، ٢٣٤
- فصل : إن وقف داره على جهتين مختلفتين ، ... جاز . ٢٣٣ ، ٢٣٤
- فصل : إن أريد تمييز الوقف عن الطلق بالقسمة ... الصحيح أنها إفراز حق . ٢٣٤
- ٩٣٠ - مسألة : (وإذا لم يكن الوقف على معروف أو بر ، فهو باطل)
- ٢٣٤ - ٢٣٨
- فصل : لا يصح الوقف على من لا يملك . ٢٣٦ ، ٢٣٥
- فصل : يصح الوقف على أهل الذمة . ٢٣٦

- فصل : ينظر في الوقف من شرطه الواقف . ٢٣٦ - ٢٣٨
فصل : نفقة الوقف من حيث شرط الواقف . ٢٣٨

كتاب الهبة والعطية

- ٩٣١ - مسألة : (ولا تصح الهبة والصدقة فيما يكال أو يوزن إلا بقبضه)
٢٣٩ - ٢٤٤
فصل : قول الخرقى : « لا يصح » . يحتمل أن يريد ...
٢٤١ ، ٢٤٢
فصل : الواهب بالخيار قبل القبض ، ... لا يصح قبضها إلا بإذنه .
٢٤٢
فصل : إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض ، بطلت الهبة .
٢٤٣ ، ٢٤٤
فصل : إن وهبه شيئاً في يد المتهب ... الهبة تلزم من غير قبض .
٢٤٤
٩٣٢ - مسألة : (ويصح في غير ذلك بغير قبض ، إذا قبل ، كما يصح في البيع)
٢٤٤ - ٢٥٢
فصل : قول الخرقى : « إذا قبل » يدل على أنه إنما يستغنى عن القبض في موضع وجد فيه الإيجاب والقبول .
٢٤٥ - ٢٤٧
فصل : القبض فيما لا ينقل بالتخلية بينه وبينه ، لا حائل دونه .
٢٤٧
٢٤٧ ، ٢٤٨
فصل : تصح هبة المشاع .
فصل : متى قلنا : إن القبض شرط في الهبة .
لم تصح الهبة فيما لا يمكن تسليمه .
٢٤٨ ، ٢٤٩
فصل : لا تصح هبة الحمل في البطن .
٢٤٩
فصل : قال أحمد ، ... لا تصح هبة المجهول .
٢٤٩ ، ٢٥٠

- فصل : لا يصح تعليق الهبة بشرط . ٢٥٠
- فصل : إن وهب أمة ، واستثنى ما في بطنها .
- ٢٥٠ . صح .
- فصل : إذا كان له في ذمة إنسان دين ، فوهبه له ... صح . ٢٥١ ، ٢٥٠
- فصل : إن وهب الدين لغير من هو في ذمته ... لم يصح . ٢٥١
- فصل : تصح البراءة من المجهول . ٢٥٢ ، ٢٥١
- ٩٣٣ - مسألة : (ويقبض للطفل أبوه ، أو وصيه بعده ، أو الحاكم ، أو أمينه بأمره)
- ٢٥٦ - ٢٥٢
- فصل : إن وهب الأب لابنه شيئاً ، قام مقامه في القبض والقبول . ٢٥٥ ، ٢٥٤
- فصل : إن كان الواهب للصبي غير الأب من أوليائه ... لا بد من أن يوكل من يقبل للصبي . ٢٥٥
- فصل : أما الهبة من الصبي لغيره ، فلا تصح . ٢٥٦ ، ٢٥٥
- ٩٣٤ - مسألة : (وإذا فاضل بين ولده في العطية ، أمر برده ، كأمر النبي ﷺ)
- ٢٥٦ - ٢٦٩
- فصل : إن خص بعضهم لمعنى يقتضى تخصيصه ... روى عن أحمد ما يدل على جواز ذلك . ٢٥٩ ، ٢٥٨
- فصل : لا خلاف بين أهل العلم في استحباب التسوية . ٢٦٠ ، ٢٥٩
- فصل : ليس عليه التسوية بين سائر أقاربه . ٢٦١ ، ٢٦٠
- فصل : الأم في المنع من المفاضلة بين الأولاد كالأب . ٢٦١

- فصل : قول الخرقى : « أمر برده » . يدل على
 ٢٦٢ ، ٢٦١ أن للأب الرجوع فيما وهب لولده .
 فصل : ظاهر كلام الخرقى ، أن الأم كالأب ،
 ٢٦٣ ، ٢٦٢ في الرجوع في الهبة .
 فصل : لا فرق ... بين الهبة والصدقة . ٢٦٤
 فصل : للرجوع في هبة الولد شروط أربعة :
 أحدها : أن تكون باقية في ملك الابن . ٢٦٤
 فصل : الثانى ، أن تكون العين باقية في
 تصرف الولد . ٢٦٥ ، ٢٦٤
 فصل : الثالث ، أن لا يتعلق بها رغبة لغير
 الولد . ٢٦٦
 فصل : الرابع : أن لا تزيد زيادة متصلة . ٢٦٧ ، ٢٦٦
 فصل : إن قصر العين أو فصلها ، فلم تزد
 قيمتها ، لم تمنع الرجوع . ٢٦٨ ، ٢٦٧
 فصل : إن تلف بعض العين ، ... لم يمنع
 الرجوع فيها . ٢٦٨
 فصل : الرجوع في الهبة أن يقول : قد
 رجعت فيها ... ٢٦٩ ، ٢٦٨
٩٣٥ - مسألة : (فإن مات ولم يرُدُّه ، فقد ثبت لمن وهب
 له ، إذا كان ذلك في صحته) ٢٧٧ - ٢٦٩
 فصل : قال أحمد : أحب أن لا يقسم ماله ،
 ويدعه على فرائض الله تعالى . ٢٧٢ ، ٢٧١
 فصل : للأب أن يأخذ من مال ولده ما
 شاء ، ويتملكه . ٢٧٤ - ٢٧٢
 فصل : ليس للولد مطالبة أبيه بدين عليه . ٢٧٥ ، ٢٧٤
 فصل : إن تصرف الأب في مال الابن قبل

- تملكه ، لم يصح تصرفه . ٢٧٥ ، ٢٧٦
- فصل : قال أحمد : بين الرجل وبين ولده
ربا . ٢٧٦
- فصل : ليس لغير الأب الأخذ من مال غيره
بغير إذنه . ٢٧٦ ، ٢٧٧
- ٩٣٦ - مسألة : (ولا يحل لواهب أن يرجع في هبته ، ولا
لْمُهْد أن يرجع في هديته ، وإن لم يُكَب
عليها) ٢٧٧ - ٢٨١
- فصل : حصل الاتفاق على أن ما وهبه
الإنسان لذوى رحمه المَحْرَم غير
ولده ، لا رجوع فيه . ٢٧٨ ، ٢٧٩
- فصل : لا يجوز للمتصدق الرجوع في
صدقته . ٢٧٩
- فصل : الهبة المطلقة ، لا تقتضى ثوبا . ٢٨٠ ، ٢٨١
- ٩٣٧ - مسألة : (وإذا قال : دارى لك عمرى . أو هى لك
عمرى . فهى له ولورثته من بعده) ٢٨١ - ٢٨٨
- فصل : إذا شرط فى العمرى أنها للمُعْمَرِ
وعقبه ، ... تكون للمُعْمَر وورثته . ٢٨٥ ، ٢٨٦
- فصل : الرُقْبَى هى أن يقول : هذا لك
عمرى ، فإن مت قبل رجوع إلى-
وإن مت قبلك فهو لك . ٢٨٦ ، ٢٨٧
- فصل : تصح العمرى فى غير العقار ، من
الحيوان ، والنبات . ٢٨٧
- فصل : إن وقَّت الهبة إلى غير العمرى
والرُقْبَى ، ... لم يصح . ٢٨٨
- ٩٣٨ - مسألة : (وإن قال : سَكَّنَاها لك عمرى . كان له

أخذها أى وقت أحب ؛ لأن السُّكنى ليست

٢٨٨ - ٢٩١

كالعمرى والرقبى)

فصل : إذا وهب هبة فاسدة ، ... ثم وهب

تلك العين ، أو باعها بعقد

صحيح ، ... صح العقد الثانى ، ... ٢٨٩

كتاب اللقطة

فصل : قال إمامنا ، ... : الأفضل ترك

٢٩١

الاتقاط .

٩٣٩ - مسألة : (ومن وجد لقطة ، عرّفها سنة فى

٢٩٢ - ٢٩٩

الأسواق ، وأبواب المساجد)

الفصل الثانى : فى قدر التعريف ، وذلك سنة . ٢٩٣

الفصل الثالث : فى زمانه ، وهو النهار دون

٢٩٤

الليل .

الفصل الرابع : فى مكانه ، وهو الأسواق ،

٢٩٤

وأبواب المساجد والجوامع .

الفصل الخامس : فى مَنْ يتولاه ، وللملتقط أن

٢٩٥

يتولى ذلك بنفسه .

الفصل السادس : فى كيفية التعريف ، وهو

٢٩٥

أن يذكر جنسها .

فصل : لم يفرق الخرقى بين يسير اللقطة

٢٩٥ - ٢٩٧

وكثيرها .

فصل : إذا أخرج التعريف عن الحول الأول ،

٢٩٧ ، ٢٩٨

مع إمكانه ، أثم .

فصل : إن ترك التعريف فى الحول الأول ؛

- لعجزه عنه ... فقيه وجهان ؛ ... ٢٩٨ ، ٢٩٩
- ٩٤٠ - مسألة : (فإن جاء ربها ، وإلا كانت كسائر ماله) ٢٩٩ - ٣٠٧
- فصل : تدخل اللقطة في ملكه عند تمام
- ٣٠٠ ، ٣٠١ . التعريف حكما .
- فصل : إن التقطها اثنان ، فعرفاها حولا ،
- ٣٠١ . ملكاها جميعا .
- فصل : تُملِك اللقطة ملكا مراعى ، يزول
- بمجيء صاحبها ، ويضمن له بدلها إن
- ٣٠١ ، ٣٠٢ . تعذر ردها .
- فصل : كل ما جاز التقاطه ، مُلك بالتعريف
- ٣٠٢ - ٣٠٥ . عند تمامه .
- فصل : ظاهر كلام أحمد والخرقي ، أن لقطة
- ٣٠٥ - ٣٠٧ . الحل والحرم سواء .
- فصل : إذا التقط لقطة ، عازما على تملكها
- ٣٠٧ . بغير تعريف ، فقد فعل محرما .
- ٩٤١ - مسألة : (وحفظ وكاءها وعفاصها ، وحفظ عددها
- ٣٠٧ - ٣٠٩ . وصفها)
- فصل : يستحب أن يُشهدَ عليها حين يجدها . ٣٠٨ ، ٣٠٩
- ٩٤٢ - مسألة : (فإن جاء ربها فوصفها له ، دُفِعَتْ إليه بلا
- ٣٠٩ - ٣١٢ . بينة)
- فصل : إن وصفها اثنان ، أقرع بينهما . ٣١١ ، ٣١٢
- فصل : لو جاء مدع للقطة ، فلم يصفها ، ...
- ٣١٢ . لم يجز دفعها إليه .
- ٩٤٣ - مسألة : (أو مثلها إن كانت قد استهلك) ٣١٣ - ٣٢٢
- فصل : إن وجد العين بعد خروجها من ملك
- الملتقط ... لم يكن له الرجوع فيها ،

٣١٥، ٣١٤

وله أخذ بدلها .

فصل : إذا أخذ اللقطة ، ثم ردها إلى

٣١٥

موضعها ، ضمنها .

فصل : إن ضاعت اللقطة من ملتقطها بغير

٣١٦

تفريط ، فلا ضمان عليه .

فصل : من اصطاد سمكة ، فوجد فيها درة ،

٣١٧

فهى للصيد .

فصل : إن وجد عنبرة على ساحل البحر ،

٣١٨

فهى له .

فصل : إن صاد غزالا ، فوجده مخضوبا ،

٣١٩، ٣١٨

أو ... فهو لقطة .

فصل : من أخذت ثيابه من الحمام ، ووجد

٣٢٠، ٣١٩

بدلها ، ... لم يملكه بذلك .

فصل : قال أحمد ، فى من عنده رهون ، قد

أتى عليها زمان لا يعرف صاحبها :

بييعها ، ويتصدق بثمنها ، فإن جاء

٣٢١، ٣٢٠

صاحبها غرمها له .

فصل : نقل الفضل بن زياد ، عن أحمد ، إذا

تنازع صاحب الدار والساكن فى دفن

فى دار ، ... فكل من أصاب الوصف

٣٢١

فهو له .

فصل : من وجد لقطة فى دار الحرب ...

يعرفها سنة فى دار الإسلام ، ثم

٣٢٢، ٣٢١

يطرحها فى المقسم .

٩٤٤ - مسألة : (وإن كان الملتقط قد مات ، فصاحبها غريم

٣٢٣، ٣٢٢

(بها)

٩٤٥ - مسألة : (وإن كان صاحبها جعل لمن وجدها ، شيئا

معلوما ، فله أخذه إن كان التقطها بعد أن

بلغه الجعل) ٣٢٢ - ٣٢٣

فصل : يجوز أن يجعل الجعل في الجعالة لواحد

بعينه . ٣٢٥ ، ٣٢٦

فصل : إن قال : من رد عبدي من بلد كذا

فله دينار . فرده إنسان من نصف

طريق ذلك البلد ، استحق نصف

الجعل . ٣٢٦ ، ٣٢٧

فصل : الجعالة تساوى الإجارة في اعتبار

العلم بالعوض . ٣٢٧ ، ٣٢٨

فصل : من رد لقطة أو ضالة ، ... بغير

جعل ، لم يستحق عوضا . ٣٢٨

فصل : أما رد العبد الآبق ، فإنه يستحق

الجعل بزره وإن لم يشرط له . ٣٢٨ - ٣٣٠

فصل : يجوز أخذ الآبق لمن وجده . ٣٣١

فصل : إذا أبق العبد ، فحصل في يد حاكم ،

فأقام سيده بينة ، ... قَبِلَ كتابه ،

وسلم إليه العبد . ٣٣١ ، ٣٣٢

٩٤٦ - مسألة : (وإن كان التقطها قبل ذلك ، فردها لعله

الجعل ، لم يجز له أخذه) ٣٣٢ ، ٣٣٣

٩٤٧ - مسألة : (وإن كان الذى وجد اللقطة سفيها أو

طفلا ، قام وليه بتعريفها ، فإن تمت السنة ،

ضمها إلى مال واجدها) ٣٣٣ - ٣٣٧

فصل : قال أحمد ، في رواية العباس ابن

موسى ، في غلام له عشر سنين ،

التقط لقطه ، ثم كبر : فإن وجد

صاحبها دفعها إليه . ٣٣٤

فصل : إذا وجد العبد لقطه ، فله أخذها بغير

إذن سيده ، ويصح التقاطه . ٣٣٦ - ٣٣٤

فصل : المكاتب كالحُر في اللقطه . ٣٣٦

فصل : الذمي في الالتقاط كالمسلم . ٣٣٧ ، ٣٣٦

فصل : يستحب لمن ليس بأمين أن لا يأخذ

اللقطة . ٣٣٧

٩٤٨ - مسألة : (وإذا وجد الشاة بمصر ، أو بمهلكة ، فهي

لقطة) ٣٣٧ - ٣٤٣

فصل : يتخير ملتقطها بين ثلاثة أشياء ؛ ... ٣٣٩ - ٣٤١

فصل : إذا أكلها ثبتت قيمتها في ذمته . ٣٤١

فصل : إذا التقط مالا يبقى عاما ، فذلك

نوعان ؛ ... ٣٤١ - ٣٤٣

٩٤٩ - مسألة : (ولا يتعرض لبيع ، ولا لما فيه قوة يمنع عن

نفسه) ٣٤٣ - ٣٥٠

فصل : إن كانت الصيد مستوحشة ، ...

٣٤٤ جاز التقاطها .

فصل : البقرة كالإبل . ٣٤٤ ، ٣٤٥

فصل : إن أخذ هذا الحيوان الذي لا يجوز

أخذه على سبيل الالتقاط ، ضمنه . ٣٤٥

فصل : للإمام أو نائبه أخذ الضالة على وجه

الحفظ لصاحبها . ٣٤٥ ، ٣٤٦

فصل : إن أخذها غير الإمام أو نائبه ليحفظها

لصاحبها ، لم يجوز . ٣٤٦

فصل : ما يحصل عند الإمام من الضوال ،

- فإنه يشهد عليها ، ويسمها بأنها
 ضالة . ٣٤٦ ، ٣٤٧
 فصل : من ترك دابة بمهلكة ، فأخذها
 إنسان ، فأطعمها ... ملكها . ٣٤٧ ، ٣٤٨
 فصل : إن ترك متاعا ، فخلصه إنسان ، لم
 يملكه . ٣٤٨ ، ٣٤٩
 فصل : ذكر القاضى فيما إذا التقط عبدا
 صغيرا ، ... لا يملك بالتعريف . ٣٤٩

كتاب اللقيط

- ٩٥٠ - مسألة : (واللقيط حر) ٣٥٠ - ٣٥٤
 فصل : لا يخلو اللقيط من أن يوجد فى دار
 الإسلام ، أو فى دار الكفر ، ... ٣٥١ ، ٣٥٢
 فصل : فى الموضع الذى حكمنا بإسلامه ،
 إنما يثبت ذلك ظاهرا لا يقينا . ٣٥٢ ، ٣٥٣
 فصل : إذا جنى اللقيط جناية تحملها العاقلة ،
 فالعقل على بيت المال . ٣٥٣ ، ٣٥٤
 فصل : إن قذف اللقيط بعد بلوغه محصنا ،
 حد ثمانين . ٣٥٤
 ٩٥١ - مسألة : (وينفق عليه من بيت المال إن لم يوجد معه
 شيء ينفق عليه) ٣٥٥ - ٣٥٨
 فصل : أما إن وجد مع اللقيط شيء ، فهو
 له ، وينفق عليه منه . ٣٥٦ - ٣٥٨
 ٩٥٢ - مسألة : (وولاؤه لسائر المسلمين) ٣٥٨ - ٣٦٠
 ٩٥٣ - مسألة : (وإن لم يكن من وجد اللقيط أمينا ، منع من
 السفر به) ٣٦٠ - ٣٦٧

- فصل : إذا التقط اللقيط من هو مستور
الحال ، ... أقر اللقيط في يديه . ٣٦٢
- فصل : إن كان سفر الأمين باللقيط إلى مكان
يقيم به ، نظرنا ؟ ... ٣٦٣ ، ٣٦٢
- فصل : ليس للعبد التقاط الطفل المنبوذ ، إذا
وجد من يلتقطه سواه . ٣٦٣
- فصل : ليس لكافر التقاط مسلم . ٣٦٣ ، ٣٦٤
- فصل : إن التقطه اثنان ، وتناولاه تناولا
واحدا ، لم يخل من ثلاثة أقسام ؛ ... ٣٦٤ ، ٣٦٥
- فصل : إن رأياه جميعا ، فسبق أحدهما
فأخذه ، ... فهو أحق به . ٣٦٥ ، ٣٦٦
- فصل : إن اختلفا ، ... ولا بينة لأحدهما ،
وكان في يد أحدهما ، فالقول قوله مع
يمينه أنه التقطه . ٣٦٦ ، ٣٦٧
- ٩٥٤ - مسألة : (وإن ادعاه مسلم وكافر ، أرى القافة ،
فبأيهما ألحقوه لحقه) ٣٦٧ - ٣٩٥
- فصول :
- أحدها : أنه إذا ادعاه مسلم وكافر ، أو حر
وعبد ، فهما سواء . ٣٧٠ ، ٣٧١
- الفصل الثاني : أنه إذا ادعاه اثنان ، فكان
لأحدهما بينة ، فهو ابنه . ٣٧١
- الفصل الثالث : أنه إذا لم تكن به بينة ، ...
فإننا نريه القافة معهما ، ... فلحقه
بمن ألحقته به منهما . ٣٧١ - ٣٧٤
- فصل : القافة قوم يعرفون الإنسان بالشبه . ٣٧٥ ، ٣٧٦
- فصل : إن ألحقته القافة بكافر أو رقيق ،

- لم يحكم بكفره ولا رقه . ٣٧٦
 فصل : لو ادعى نسب اللقيط لإنسان ، فألحق
 نسبه به ... ثم جاء آخر فادعاه ، لم
 يزل نسبه عن الأول . ٣٧٦ ، ٣٧٧
 فصل : إذا ادعاه اثنان ، فألحقته القافة بهما ،
 ألحق بهما . ٣٧٧ ، ٣٧٨
 فصل : إن ادعاه أكثر من اثنين ، فألحقته بهم
 القافة ، ... يلحق بثلاثة . ٣٧٨ ، ٣٧٩
 فصل : إذا لم توجد قافة ، أو أشكل الأمر
 عليها ... الابن يخير أيهما أحب . ٣٧٩ - ٣٨١
 فصل : إن ادعت امرأتان نسب ولد ، فذلك
 مبنى على قبول دعواهما . ٣٨١ ، ٣٨٢
 فصل : إن ادعى نسبه رجل وامرأة ، فلا
 تناف بينهما . ٣٨٢
 فصل : إن ولدت امرأتان ابنا وبنتا ، فادعت
 كل واحدة منهما أن الابن ولدها دون
 البنت ، احتمل وجهين ؛ ... ٣٨٢ ، ٣٨٣
 فصل : لو ادعى اللقيط رجلا ، ...
 نظرنا ، ... ٣٨٣
 فصل : إذا وطئ رجلان امرأة في طهر
 واحد ، ... فأت بولد يمكن أن
 يكون منهما ... يرى القافة معهما ،
 فبأيهما ألحقوه ألحق . ٣٨٣
 فصل : إذا ادعى رق اللقيط مدع ، سمعت
 دعواه . ٣٨٣ ، ٣٨٤
 فصل : إن ادعى رق اللقيط بعد بلوغه مدع ،

- ٣٨٥ ، ٣٨٤ كلف إجابهته ، ...
- فصل : إذا قبلنا إقراره بالرق بعد نكاحه ، لم
يخل من أن يكون ذكرا أو أنثى ، فإن
٣٨٧ ، ٣٨٦ كان ذكرا ، ...
- فصل : إن كان قد تصرف ببيع أو شراء ،
٣٨٧ فتصرفه صحيح .
- فصل : إن كان قد جنى جناية موجبة
٣٨٨ ، ٣٨٧ للقصاص ، فعليه له القود .

كتاب الوصايا

- فصل : لا تجب الوصية إلا على من عليه
٣٩١ ، ٣٩٠ دين ، ...
- فصل : تستحب الوصية بجزء من المال لمن
٣٩٣ - ٣٩١ ترك خيرا ؛ ...
- فصل : الأولى أن لا يستوعب الثلث بالوصية
٣٩٤ ، ٣٩٣ وإن كان غنيا ؛ ...
- فصل : الأفضل أن يجعل وصيته لأقاربه الذين
٣٩٥ ، ٣٩٤ لا يرثون ، إذا كانوا فقراء .
- ٩٥٥ - مسألة : (ولا وصية لوارث ، إلا أن يميز الورثة
٤٠٤ - ٣٩٦ ذلك)
- فصل : إن أسقط عن وارثه دينا ، ... فهو
٣٩٧ كالوصية .
- فصل : إن وصى لكل وارث بمعين من ماله
بقدر نصيبه ، ... احتتمل أن تصح
٣٩٨ ، ٣٩٧ الوصية .
- فصل : إذا ملك المريض من يعتق عليه بغير

- عوض ، عتق وورث . ٣٩٨ - ٤٠٠
- فصل : إن ملك من ورثته من لا يعتق عليه ، ... فأعتقهم في مرضه ، فعتقهم وصية . ٤٠٠
- فصل : مريض اشترى أباه بألف ، لا مال له سواه ، فعلى رواية ... يعتق كله ... ٤٠٠ ، ٤٠١
- فصل : إذا وهب لإنسان أبوه ، أو وصى له به ، استحبه له أن يقبله ، ولم يجب . ٤٠١
- فصل : إذا وصى لوارثه وأجنبي بثلته ، فأجاز سائر الورثة وصية الوارث ، فالثلث بينهما . ٤٠١ ، ٤٠٢
- فصل : إن وصى بثلته لوارث وأجنبي ، وقال : ... ٤٠٣
- فصل : إن وصى لوارث ، فأجاز بعض باقى الورثة الوصية دون البعض ، نفذ في نصيب من أجاز ، دون من لم يجز . ٤٠٣ ، ٤٠٤
- ٩٥٦ - مسألة : (ومن أوصى لغير وارث بأكثر من الثلث ، فأجاز ذلك الورثة بعد موت الموصى ، جاز ، وإن لم يميزوا ، رد إلى الثلث) ٤٠٤ - ٤٠٧
- فصل : لا يعتبر الرد والإجازة إلا بعد موت الموصى . ٤٠٥ ، ٤٠٦
- فصل : إذا أوصى بأكثر من الثلث ، فأجاز الوارث الوصية ، وقال : ... ٤٠٦
- فصل : لا تصح الإجازة إلا من جائز التصرف . ٤٠٧
- ٩٥٧ - مسألة : (ومن أوصى له ، وهو فى الظاهر وارث ،

- فلم يمت الموصى حتى صار الموصى له غير وارث ، فالوصية له ثابتة ؛ لأن اعتبار الوصية بالموت (٤٠٧ - ٤١٣)
- فصل : لو أوصى لامرأة أجنبية ، أو أوصت له ، ثم تزوجها ، لم تجز وصيتهما إلا بالإجازة من الورثة . (٤٠٧ ، ٤٠٨)
- فصل : إن أعتق أمته في صحته ، ثم تزوجها في مرضه ، صح . (٤٠٨)
- فصل : إن أعتق أمة لا يملك غيرها ، ثم تزوجها ، فالنكاح صحيح في الظاهر . (٤٠٨ - ٤١٠)
- فصل : لو أن امرأة مريضة أعتقت عبدا قيمته عشرة ، وتزوجها بعشرة في ذمته ، ثم ماتت ، وخلفت مائة . اقتضى ... أن تضم العشرة التي في ذمته إلى المائة ، فيكون ذلك هو التركة . (٤١٠)
- فصل : لو تزوج المريض امرأة صداق مثلها خمسة ، فأصدقها عشرة لا يملك غيرها ، ثم مات ، وورثته ، بطلت المحاباة . (٤١٠ ، ٤١١)
- فصل : إذا أوصى بجارية لزوجها الحر ، فقبلها ، انفسخ النكاح . (٤١١ - ٤١٣)
- ٩٥٨ - مسألة : (فإن مات الموصى له قبل موت الموصى ، بطلت الوصية) (٤١٣ - ٤١٥)
- فصل : لا تصح الوصية لميت . (٤١٣ - ٤١٥)
- ٩٥٩ - مسألة : (وإن رد الموصى له الوصية ، بعد موت

- الموصى ، بطلت الوصية) ٤١٥ ، ٤١٦
- فصل : كل موضع صح الرد فيه ، فإن الوصية تبطل بالرد ، وترجع إلى التركة ، فتكون للوراث جميعهم . ٤١٦
- فصل : يحصل الرد بقوله : رددت الوصية . وقوله : لا أقبلها . ٤١٦
- ٩٦٠ - مسألة : (فإن مات قبل أن يقبل أو يرد ، قام وارثه في ذلك مقامه ، إذا كان موته بعد موت الموصى)
- فصل : لا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول . ٤١٨ - ٤٢٠
- فصل : فيما يختلف من الفروع باختلاف المذهبين ، ... ٤٢٠ - ٤٢٢
- فصل : تصح الوصية مطلقة ومقيدة . ٤٢٢ ، ٤٢٣
- ٩٦١ - مسألة : (وإذا أوصى له بسهم من ماله ، أعطى السدس ، ... رواية أخرى ، يعطى سهمًا مما تصح منه الفريضة)
- ٤٢٣ - ٤٢٦
- فصل : إن أوصى بجزء ... أعطاه الورثة ما شاعوا . ٤٢٦
- ٩٦٢ - مسألة : (وإذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ، ولم يسمه ، كان له مثل ما لأقلهم نصيبًا ، كأنه أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ...)
- ٤٢٦ - ٤٣١
- فصل : إن أوصى بنصيب وارث ، ففيها وجهان ؟ ... ٤٢٨
- فصل : إن قال : أوصيت لك بضعف نصيب ابني . فله مثلًا نصيبه . ٤٢٨ ، ٤٢٩
- فصل : إن قال : أوصيت لك بضعفى نصيب ابني . فله مثلًا نصيبه ... ٤٢٩ ، ٤٣٠

- فصل : إن وصى بمثل نصيب من لا نصيب
 ٤٣٠ له ، ... فلا شيء للموصى له .
- فصل : إن أوصى لرجل بثلاث ، ولآخر... ٤٣٠ ، ٤٣١
- فصل : لو أوصى بمثل نصيب وارث لو
 كان ، فقدّر الوارث موجودا ،
 وانظر ما للموصى له مع وجوده ،
 فهو له مع عدمه . ٤٣١
- ٩٦٣ - مسألة : (وإذا خلف ثلاثة بنين ، وأوصى لآخر بمثل
 نصيب أحدهم ، كان للموصى له الربع) ٤٣١ - ٤٤٤
- فصل : إن خلف بنتا ، وأوصى بمثل نصيبها ،
 فالحكم فيها كالحكم فيما لو كان ابنا
 عند من يرى الرد . ٤٣١ ، ٤٣٢
- فصل : إذا خلف ثلاثة بنين ، وأوصى لثلاثة
 بمثل أنصبتهم ، فالمال بينهم على ستة
 إن أجازوا ، ... ٤٣٢ ، ٤٣٣
- فصل : إذا وصى لرجل بجزء مقدر ، ولآخر
 بمثل نصيب وارث من ورثته ، ففيها
 وجهان ؟ ... ٤٣٣ - ٤٣٥
- فصل : إن أوصى لرجل بمثل نصيب وارث ،
 ولآخر بجزء مما بقى من المال ففيها
 أيضا ثلاثة أوجه ؟ ... ٤٣٥ ، ٤٣٦
- فصل : إن كانت الوصية الثانية بنصف ما
 يبقى من الثلث ، أخذت مخرج
 النصف والثلث . ٤٣٦
- فصل : إن أوصى لثالث بربع المال ، فخذ
 الخارج ، وهي ... ٤٣٦ ، ٤٣٧

- فصل : إن كانت الوصية الثالثة برّيع ما بقی
من المال بعد الوصيتين الأوليين ،
٤٣٨ ، ٤٣٧ فاعملها بطريق النصيب .
- فصل : إن خلف أما وأختا وعمّا ، وأوصى
لرجل ... ، ولآخر ... ، فاعملها
٤٣٨ بالمكنوس .
- فصل : في الاستثناء ، إذا خلف ثلاثة بنين ،
وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع
٤٣٩ ، ٤٣٨ المال ، ...
- فصل : إن قال : أوصيت لك بمثل نصيب أحد
بنی إلا ثلث ما يبقى من الثلث ... ٤٣٩ ، ٤٤٠
- فصل : إن قال : إلا خمس ما يبقى من المال
بعد النصيب ، ولآخر بثلث ما يبقى
٤٤٠ - ٤٤٢ من المال بعد وصية الأول ، ...
- فصل : إن خلف أربعة بنين ، وأوصى لرجل
بثلث ماله إلا نصيب أحدهم ، ... ٤٤٢ ، ٤٤٣
- فصل : إن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد
بنیه ، وهم ثلاثة ، ولآخر ... ٤٤٣
- فصل : إن ترك ستائة ، ووصى لأجنبي
بمائة ، ولآخر بتمام الثلث ، فلكل
٤٤٣ واحد منهما مائة .
- فصل : إن أوصى لرجل بثلث ماله ،
ولآخر ... ٤٤٣ ، ٤٤٤
- ٩٦٤ - مسألة : (وإذا أوصى لزيد بنصف ماله ، ولعمرو
بريع ماله ، ولم يُجز ذلك الورثة ، فالثلث
بينهما على ثلاثة أسهم ؛ لعمرو سهم ،

٤٤٨ - ٤٤٤

ولزيد سهمان)

فصل: إذا جاوزت الوصايا المال ، فاقسم
المال بينهم على قدر وصاياهم ، مثل

٤٤٧ ، ٤٤٦

العول .

فصل: إذا خلف ابنين ، وأوصى لرجل بماله
كله ، وللآخر بنصفه ، فالمال بين

٤٤٨ ، ٤٤٧

الوصيين على ثلاثة إن أجازا .

٩٦٥ - مسألة: (وإذا أوصى لولد فلان ، فهو للذكر
والأنثى بالسوية . وإن قال : لبنيه . فهو

٤٥٥ - ٤٤٨

للذكر دون الإناث)

فصل: إن أوصى لبنات فلان ، دخل فيه

٤٥٠ .

الإناث دون غيرهن .

فصل: إن أوصى لولد فلان ، أو لبني فلان .

٤٥٠ .

ولم يكونوا قبيلة ، فهو لولده لصلبه .

فصل: إن وصى لولد فلان ، أو بنى فلان ،

وهم قبيلة ، ... دخل فيهم الذكر

٤٥١ ، ٤٥٠ .

والأنثى والختنى .

فصل: إن أوصى لأخواته ، فهو للإناث

خاصة ، وإن أوصى لإخوته ، دخل

٤٥١

فيه الذكر والأنثى .

فصل: ألفاظ المجموع على أربعة أضرب ؛ ... ٤٥٢ ، ٤٥١

فصل: إن وصى للأرامل ، فهو للنساء

اللاتى فارقهن أزواجهن بموت أو

٤٥٣ ، ٤٥٢

غيره .

فصل: أما لفظ الأيامي ، فهو كالأرامل ، إلا

٤٥٤ ، ٤٥٣

أنه لكل امرأة لا زوج لها .

- فصل : العزاب هم الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء . ٤٥٤ ، ٤٥٥
- فصل : إذا أوصى لجماعة لا يمكن حصرهم واستيعابهم ، ... صح . ٤٥٥
- ٩٦٦ - مسألة : (والوصية بالحمل وللحمل جائزة ، إذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ تكلم بالوصية) ٤٥٥ - ٤٦٥
- فصل : إن وصى بالحمل الموجود ، اعتبر وجوده . ٤٥٨
- فصل : إذا أوصى لما تحمل هذه المرأة ، لم يصح . ٤٥٨
- فصل : إذا أوصى لحمل امرأة ، فولدت ذكراً وأنثى ، فالوصية لهما بالسوية . ٤٥٨ ، ٤٥٩
- فصل : إن أوصى بثمرة شجرة ، ... صح . ٤٥٩ ، ٤٦٠
- فصل : إن أراد الموصى له إجارة العبد أو الدار ، في المدة التي أوصى له بنفعها ، جاز . ٤٦٠
- فصل : إذا أوصى له بثمرة شجرة مدة ، أو بما يثمر أبداً ، لم يملك واحد من الموصى له والوارث إجباراً الآخر على سقيها . ٤٦٠
- فصل : أما نفقة العبد الموصى بخدمته ، وسائر الحيوانات الموصى بنفعها ، فيحتمل أن تجب على صاحب الرقبة . ٤٦٠ ، ٤٦١
- فصل : إذا أعتق الورثة العبد ، عتق . ٤٦١ ، ٤٦٢
- فصل : إذا أوصى لرجل بمنفعة أمته ، فأنت بولد من زوج أو زنى ، فهو مملوك ،

حكمه حكم أمه . ٤٦٣ ، ٤٦٢

فصل : ليس لواحد منهما تزويجها . ٤٦٣

فصل : إن قتل العبد الموصى بنفعه ، وجبت

قيمته ، يشتري بها ما يقوم مقام

الموصى به . ٤٦٣ ، ٤٦٤

فصل : إذا أوصى لرجل بحب زرع ، ولآخر

بنبته ، صح ، والنفقة بينهما . ٤٦٤

فصل : إن أوصى لرجل بخاتم ، ولآخر

بفصه ، صح . ٤٦٤

فصل : إن أوصى لرجل بديتار من غلة

داره ، وغلتها ديتاران ، صح . ٤٦٥

فصل : تصح الوصية بما لا يقدر على

تسليمه . ٤٦٥

٩٦٧ - مسألة : (وإذا أوصى بجارية لبشر ، ثم أوصى بها

لبكر ، فهي بينهما) ٤٦٥ - ٤٦٧

فصل : إن وصى بعبد لرجل ، ثم وصى

لآخر بثلثه ، فهو بينهما أرباعا . ٤٦٥ ، ٤٦٦

فصل : إذا أقر الوارث أن أباه وصى بالثلث

لبشر ، وأقام آخر شاهدين أنه وصى

له بالثلث ، فرد الوارث الوصيتين ،

وكان الوارث رجلا عاقلا عدلا ،

وشهد بالوصية ، حلف معه الموصى

له ، واشتركا في الثلث . ٤٦٦ ، ٤٦٧

٩٦٨ - مسألة : (وإن قال : ما أوصيت به لبشر فهو لبكر .

كانت لبكر) ٤٦٧ - ٤٧٠

فصل : إن قال : ما أوصيت به لفلان ،

- فنصفه لفلان ، أو ثلثه . كان رجوعا
 فى القدر الذى وصى به للثانى
 ٤٦٧ خاصة ، وباقيه للأول .
- فصل : أجمع أهل العلم على أن للموصى أن
 يرجع فى جميع ما أوصى به ، وفى
 ٤٦٨ بعضه ، إلا الوصية بالإعتاق .
- فصل : يحصل الرجوع بقوله : رجعت فى
 وصيتى ، أو أبطلتها ، أو غيرتها ، ... ، ٤٦٨ ، ٤٦٩
- فصل : إن وصى بحب ثم طحنه ، ... كان
 رجوعا . ٤٦٩
- فصل : إن وصى بشىء معين ، ثم خلطه
 بغيره على وجه لا يتميز منه ، كان
 رجوعا . ٤٦٩
- فصل : إذا حدث بالموصى به ما يزيل اسمه ،
 من غير فعل الموصى ، ... بطلت
 الوصية بها . ٤٦٩ ، ٤٧٠
- فصل : إن جحد الوصية ، لم يكن رجوعا . ٤٧٠
- فصل : نقل الحسن بن ثواب ، عن أحمد ، فى
 رجل قال : هذا ثلثى لفلان ، ويعطى
 فلان منه مائة فى كل شهر إلى أن
 يموت . فهو للآخر منهما . ٤٧٠
- ٩٦٩ - مسألة : (ومن كتب وصية ، ولم يشهد فيها ، حكم
 بها ، ما لم يعلم رجوعه عنها)
 ٤٧٣ - ٤٧٠
- فصل : إن كتب وصيته ، وقال : اشهدوا
 على بما فى هذه الورقة ... لا يجوز
 ٤٧١ ، ٤٧٢ حتى يسمعوا منه ما فيه .

- فصل : ويستحب أن يكتب الموصى وصيته ،
 ٤٧٢ ، ٤٧٣ . ويشهد عليها .
- ٩٧٠ - مسألة : (وما أعطى في مرضه الذى مات فيه ، فهو
 من الثلث) ٤٧٣ - ٤٩١
- فصل : وحكم العطايا في مرض الموت
 الخوف ، حكم الوصية في خمسة
 أشياء ؛ ... ٤٧٤ - ٤٧٧
- فصل : إذا قال المريض : إذا أعتقت سعدًا ،
 فسعيد حر . ثم أعتق سعدا ، عتق
 سعيد . ٤٧٧ ، ٤٧٨
- فصل : إن قال : إن تزوجت فعبدي حر .
 فتزوج في مرضه بأكثر من مهر المثل ،
 فالزيادة محابة معتبرة من الثلث . ٤٧٨
- فصل : إذا أعتق المريض شقصا من عبد ، ثم
 أعتق شقصا من آخر ، ولم يخرج من
 الثلث إلا العبد الأول ، عتق وحده . ٤٧٩
- فصل : إذا ملك المريض من يعتق عليه بغير
 عوض ، ... عتق . ٤٧٩ - ٤٨٢
- فصل : إن اشترى المريض أباه بألف ، لا مال
 له سواه ، ثم مات ، وخلف ابنا ، ...
 يعتق كله على المريض . ٤٨٢ - ٤٨٦
- فصل : إذا كان للمريض ثلاثة آلاف ، ف تبرع
 بألف . ثم اشترى أباه مما بقى ، وله
 ابن ، ... يعتق الأب وينفذ من التبرع
 قدر ثلث المال حال الموت . ٤٨٦ ، ٤٨٧
- فصل : إن ملك المريض من يرثه ممن لا يعتق
 عليه ، ... فأعتقه في مرضه ، كان

- ٤٨٧ إعتاقه وصية معتبرة من الثلث .
 فصل : ما لزم المريض في مرضه من حق لا
 يمكنه دفعه وإسقاطه ، ... فهو من
 رأس المال . ٤٨٧ ، ٤٨٨
- فصل : أما إن قضى المريض بعض غرمائه ،
 ووفت تركته بسائر الديون ، صح
 قضاؤه . ٤٨٨
- فصل : إذا تبرع المريض ، أو أعتق ، ثم أقر
 بدين ، لم يبطل تبرعه . ٤٨٨
- فصل : يعتبر في المريض الذي هذه أحكامه
 شرطان ؛ ... ٤٨٩ - ٤٩١
- ٩٧١ - مسألة : (وكذلك الحامل إذا صار لها ستة أشهر) ٤٩١ - ٥٠٨
- فصل : يحصل الخوف بغير ما ذكرناه ، في
 مواضع خمسة ، تقوم مقام المرض ؛ ... ٤٩٢ - ٤٩٤
- فصل : يعتبر خروج العطية من الثلث حال
 الموت . ٤٩٤ - ٤٩٦
- فصل : إن أعتق ثلاثة أعبد ، قيمتهم سواء ،
 وعليه دين بقدر قيمة أحدهم ،
 وكسب أحدهم مثل قيمته ، أقرعنا
 بينهم لإخراج الدين . ٤٩٦ ، ٤٩٧
- فصل : إن أعتق عبدین متساويي القيمة ،
 بكلمة واحدة ، ولا مال له غيرهما ،
 فمات أحدهما ، أقرع بين الحي
 والميت ... ٤٩٧
- فصل : رجل أعتق عبدا ، لا مال له سواه ،
 قيمته عشرة ، فمات قبل سيده ،

- وخلف عشرين ، فهي لسيده بالولاء . ٤٩٧ ، ٤٩٨
- فصل : فى المحاباة فى المرض . ٤٩٨ - ٥٠٠
- فصل : القسم الثانى ، المحاباة فى التزويج . ٥٠٠ ، ٥٠١
- فصل : القسم الثالث ، أن يخالعه فى مرضها
بأكثر من مهرها ، فمذهب أحمد أن
لورثتها أن لا يعطوه أكثر من ميراثه
منها . ٥٠١ - ٥٠٣
- فصل : فى الهبة ؛ ... ٥٠٣ ، ٥٠٤
- فصل : إن وهب مريض مريضاً مائة ، لا
يملك سواها ، ... ٥٠٤
- فصل : إن وهب رجل رجلاً جارية ،
فقبضها الموهوب له ووطئها ، ...
فقد صحت الهبة فى شئ ، ... ٥٠٤ ، ٥٠٥
- فصل : إن وهب مريض رجلاً عبداً ، لا
يملك غيره ، فقتل العبد الواهب ،
قيل للموهوب له : إما أن تفديه ،
وإما أن تسلمه . ٥٠٥ ، ٥٠٦
- فصل : مريض أعتق عبداً ، لا مال له سواه ،
قيمتة مائة ، فقطع إصبع سيده
خطأً ، فإنه يعتق نصفه ، وعليه
نصف قيمته . ٥٠٦ ، ٥٠٧
- فصل : إن أعتق عبيدين ، دفعة واحدة ، قيمة
أحدهما مائة ، والآخر مائة
وخمسون ، ... ٥٠٧ ، ٥٠٨
- ٩٧٢ - مسألة : (ومن جاوز العشر سنين ؛ فوصيته جائزة
إذا وافق الحق)
فصل : أما الطفل ، ... والمجنون ، والمبرسم ،

- ٥١٠ . فلا وصية لهم .
 فصل : أما المحجور عليه لسفه ، فإن وصيته
 تصح . ٥١١ ، ٥١٠
 فصل : تصح وصية الأخرس إذا فهمت
 إشارته . ٥١١
 فصل : إن وصى عبد أو مكاتب أو مدبر أو
 أم ولد وصية ، ثم ماتوا على الرق ،
 فلا وصية لهم . ٥١٢ ، ٥١١
 فصل : تصح وصية المسلم للذمي ، والذمي
 للمسلم ، والذمي للذمي . ٥١٢
 فصل : تصح الوصية للحرى في دار الحرب . ٥١٣ ، ٥١٢
 فصل : لا تصح الوصية لكافر بمصحف ولا
 عبد مسلم . ٥١٣
 فصل : لا تصح الوصية بمعصية وفعل محرم . ٥١٣ ، ٥١٤
 ٩٧٣ - مسألة : (ومن أوصى لأهل قرية ، لم يعط من فيها من
 الكفار ، إلا أن يذكروهم) ٥١٤ - ٥١٦
 ٩٧٤ - مسألة : (ومن أوصى بكل ماله ، ولا عصبه له ، ولا
 مولى له ، فجائز . وقد روى عن أبي عبد
 الله ، رحمه الله ، رواية أخرى : لا يجوز إلا
 الثلث) ٥١٦ - ٥١٨
 فصل : إن خلف ذا فرض ، لا يرث المال
 كله ، ... لم يكن له الوصية بأكثر
 من الثلث . ٥١٧
 فصل : إن خلف ذا فرض لا يرث المال كله ،
 وقال : أوصيت لفلان بثلثي ، على
 أنه لا ينقص ذا الفرض شيئاً من

٥١٨، ٥١٧

فرضه ... صح .

٩٧٥ - مسألة : (ومن أوصى لعبده بثلث ماله ، فإن كان

العبد يخرج من الثلث عتق ، وما فضل من
الثلث بعد عتقه ، فهو له ، وإن لم يخرج من
الثلث ، عتق منه بقدر الثلث ، إلا أن يميز

٥٢٢ - ٥١٨

(الورثة)

فصل : إن أوصى له بمعين من ماله ، ...

٥١٩

فالوصية باطلة .

فصل : إن أوصى له بربقته ، فهو تدير ،

٥١٩

يعتق إن حمله الثلث .

فصل : إن أوصى لمكاتبه ، أو مكاتب

٥٢٠، ٥١٩

وارثه ، أو مكاتب أجنبي ، صح .

٥٢١، ٥٢٠

فصل : إن أوصى لعبد غيره ، صح .

فصل : إذا أوصى بعتق أمته ، على أن لا
تنزوج . ثم مات ، فقالت : لا أتزوج .

٥٢١

عتقت .

فصل : اختلف أصحابنا في الوصية للقاتل

٥٢٢، ٥٢١

على ثلاثة أوجه ؟ ...

٩٧٦ - مسألة : (وإذا قال : أحد عبدي حر . أقرع بينهما ،

فمن تقع عليه القرعة ، فهو حر ، إذا خرج

٥٢٣، ٥٢٢

من الثلث)

فصل : نقل صالح عن أبيه ، في من له غلامان

اسمهما واحد ، فقال : فلان حر بعد

موتى . وله مائتا درهم . ولم يعينه ،

٥٢٣

يقرع بينهما .

٩٧٧ - مسألة : (وإذا أوصى أن يشتري عبد زيد بخمسمائة ،

فيعتق ، فلم يبعه سيده ، فالخمسائة
للورثة . وإن اشتروه بأقل ، فما فضل فهو
للورثة)

٥٢٣ - ٥٢٥

فصل : إن وصى أن يشتري عبد بألف ،
فيعتق عنه ، فلم يخرج من ثلثه ،

اشترى عبد بما يخرج من الثلث . ٥٢٤ ، ٥٢٥

فصل : إن وصى بشراء عبد وأطلق ، أو
وصى ببيع عبده وأطلق ، فالوصية
باطلة .

٥٢٥

٩٧٨ - مسألة : (وإذا أوصى لرجل بعد لا يملك غيره ،
وقيمته مائة ، ولآخر بثلاث ماله ، وملكه
غير العبد مائتا درهم ، فأجاز الورثة ذلك ،
فلمن أوصى له بالثلث ثلث المائتين وربع

العبد ، ... وإن لم يجز الورثة ذلك ، ...) ٥٢٥ - ٥٢٩

٩٧٩ - مسألة : (ومن أوصى لقربته ، فهو للذكر والأنثى
بالسوية ، ولا يجاوز بها أربعة آباء ؛ لأن
النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذي
القربى)

٥٢٩ - ٥٣٣

فصل : إن وصى لأقرب أقاربه ، لم يدفع إلى
الأبعد مع وجود الأقرب .

٥٣١ - ٥٣٣

٩٨٠ - مسألة : (وإن قال : لأهل بيتي . أعطى من قبل أبيه
وأمه)

٥٣٣ - ٥٤١

فصل : إن وصى لآله ، فهو مثل قرابته . ٥٣٤ ، ٥٣٥

فصل : إن وصى لمواليه ، وله موال من

فوق ، وهم معتقوه ، فالوصية لهم . ٥٣٥ ، ٥٣٦

فصل : إن وصى لجيرانه ، فهم أهل أربعين

دارا من كل جانب . ٥٣٧ ، ٥٣٦

فصل : إن وصى لأهل دربه أو سكته ، فهم

أهل المحلة الذين طريقهم في دربه . ٥٣٧

فصل : إن وصى لأصناف الزكاة المذكورين

في القرآن ، فهم الذين يستحقون من

الزكاة ، وينبغي أن يجعل لكل صنف

ثمن الوصية . ٥٣٨ ، ٥٣٧

فصل : إن أوصى بشيء لزيد وللمساكين ،

فلزيد نصف الوصية . ٥٣٨

فصل : إن قال : اشترؤا بثلثي رقابا ،

فأعتقوهم . لم يجوز صرفه إلى

المكاتبين . ٥٤٠ - ٥٣٨

فصل : نقل المروذي ، عن أحمد ، في من

أوصى بثلثه في أبواب البر ، يجوز ثلاثة

أجزاء ؛ ... ٥٤١ ، ٥٤٠

٩٨١ - مسألة : (وإذا وصى أن يحج عنه بخمسائة . فما

فضل رد في الحج) ٥٤١ - ٥٤٥

فصل : إذا أوصى بحج واجب ، أو غيره من

الواجبات ، ... لم يخل من أربعة

أحوال ؛ ... ٥٤٥ ، ٥٤٣

٩٨٢ - مسألة : (وإن قال : حجة بخمسمائة . فما فضل فهو

لمن يحج) ٥٤٦ ، ٥٤٥

فصل : إن عين رجلا للحج ، فأبى أن يحج ،

بطل التعيين . ٥٤٦

٩٨٣ - مسألة : (وإن قال : حجوا عنى حجة . فما فضل

رد إلى الورثة) ٥٤٨ - ٥٤٦

فصل : إذا أوصى لرجل أن يخرج عنه حجة ،

لم يكن للوصى الحج بنفسه . ٥٤٧

فصل : إذا أوصى أن يخرج عنه زيد بمائة ، ...

فأجاز الورثة ، أمضيت على ما قال

الموصى . ٥٤٧ ، ٥٤٨

فصل : إن أوصى لزيد بعبد بعينه ، ولعمرو

ببقية الثلث ، قوّم العبد يوم موت

الموصى . ٥٤٨

٩٨٤ - مسألة : (ومن أوصى بثلاث ماله لرجل ، فقتل عمدا

أو خطأ ، وأخذت الدية ، فلمن أوصى له

بالثلاث ثلث الدية ، في إحدى الروايتين ،

والأخرى ليس لمن أوصى له بالثلاث من الدية

شئ) ٥٤٩ ، ٥٤٨

فصل : إن كانت الوصية بمعين ، ... يعتبر

خروجه من ثلث ماله وديته ، ... ٥٤٩

فصل : إن أوصى ، ثم استفاد مالا قبل

الموت ، ... الوصية تعتبر من جميع ما

يخلفه من التلاد والمستفاد . ٥٤٩

٩٨٥ - مسألة : (وإذا أوصى إلى رجل ، ثم أوصى بعده إلى

آخر ، فهما وصيان ، إلا أن يقول : قد

أخرجت الأول) ٥٥٠ - ٥٥٥

فصل : يجوز أن يوصى إلى رجل بشئ دون

شئ . ٥٥١

فصل : يجوز أن يوصى إلى رجلين معا في

شئ واحد ، ويجعل لكل واحد منهما

التصرف منفردا . ٥٥١ ، ٥٥٢

- فصل : في من تصح الوصية إليه ، ومن لا تصح . ٥٥٢ - ٥٥٤
- فصل : يعتبر وجود هذه الشروط في الوصى حال العقد والموت ، في أحد الوجهين ، وفي الآخر يعتبر حال الموت حسب ، كالوصية له . ٥٥٤
- فصل : إذا قال : أوصيت إلى زيد ، فإن مات فقد أوصيت إلى عمرو . صح . ٥٥٤ ، ٥٥٥
- ٩٨٦ - مسألة : (وإذا كان الوصى خائناً ، جعل معه أمين) ٥٥٥ - ٥٥٨
- فصل : أما العدل الذى يعجز عن النظر ، لعللة أو ضعف ، فإن الوصية تصح إليه . ٥٥٦
- فصل : إذا تغيرت حال الوصى بجنون ، أو كفر ، أو سفه ، زالت ولايته . ٥٥٦ ، ٥٥٧
- فصل : يصح قبول الوصية وردها في حياة الموصى . ٥٥٧
- فصل : يجوز أن يجعل للوصى جعلاً . ٥٥٧
- فصل : إذا أوصى إلى رجل ، وأذن له أن يوصى إلى من يشاء ، ... صح . ٥٥٨
- ٩٨٧ - مسألة : (وإن كانا وصيين ، فمات أحدهما ، أقيم مقام الميت أمين) ٥٥٨ - ٥٦٣
- فصل : إذا اختلف الوصيان عند من يجعل المال منهما ، لم يجعل عند واحد منهما ، ولم يقسم بينهما ، وجعل في مكان تحت أيديهما جميعاً . ٥٦٠
- فصل : لا بأس بالدخول في الوصية . ٥٦٠ ، ٥٦١

- فصل : إن مات رجل لا وصى له ، ولا حاكم
في بلده ، ... يجوز لرجل من
المسلمين أن يتولى أمره . ٥٦١
- فصل : إذا أوصى إليه بتفريق مال ، لم يكن
له أخذ شيء منه . ٥٦١
- فصل : إن وصى إليه بتفريق ثلثه ، فأبى
الورثة إخراج ثلث ما في أيديهم ،
ففيه روايتان ؛ .. ٥٦٢
- فصل : إذا علم الوصى أن على الميت ديناً ،
إما بوصية الميت أو غيرها ... لا
يقضيه إلا ببينة . ٥٦٢ ، ٥٦٣
- ٩٨٨ - مسألة : (ومن أعتق في مرضه ، أو بعد موته ،
عبدین ، لا يملك غيرهما ، وقيمة أحدهما
مائتان ، والآخر ثلاثمائة ، فلم يجز الورثة ،
أقرب بينهما ، ...) ٥٦٣ - ٥٦٥
- ٩٨٩ - مسألة : (وإذا أوصى بعبد من عبيده لرجل ، ولم
يسم العبد ، كان له أحدهم بالقرعة ، إذا
كان يخرج من الثلث ، وإلا ملك منه بقدر
الثلث) ٥٦٥ - ٥٧١
- فصل : إن وصى الرجل بعبد ، صحت
الوصية . ٥٦٦ ، ٥٦٧
- فصل : إن وصى له بشاة من غنمه ، فالحكم
فيها كالحكم في الوصية بعبد من
عبيده ، ويقع هذا الاسم على الضأن
والمعز . ٥٦٧
- فصل : إن وصى بجمل ، لم يكن إلا ذكراً .

- وإن وصى بناقاة ، لم تكن إلا أنثى .
وإن قال عشرة من إبل ، وقع على الذكر والأنثى جميعا . ٥٦٨ ، ٥٦٧
- فصل : إن وصى له بثور ، فهو ذكر . وإن وصى له ببقرة ، فهي أنثى . وإن وصى بدابة ، فهي واحدة من الخيل والبغال والحمير ، يتناول الذكر والأنثى . ٥٦٨
- فصل : إن أوصى بكلب يباح اقتناؤه ، صحت الوصية . ٥٦٩ ، ٥٦٨
- فصل : إن وصى له بطل حرب ، صحت الوصية به . ٥٧٠ ، ٥٦٩
- فصل : لو أوصى له بقوس ، صحت الوصية . ٥٧١ ، ٥٧٠
- فصل : إن وصى له بعود ، وله عود لهُ وغيره ، لم تصح الوصية . ٥٧١
- ٩٩٠ - مسألة : (وإذا أوصى له بشيء بعينه ، فتلّف بعد موت الموصى ، لم يكن للموصى له شيء . وإن تلف المال كله إلا الموصى به ، فهو للموصى له) ٥٧٢ ، ٥٧١
- فصل : إن وصى له بمعين ، فاستحق بعضه أو هلك ، فله ما بقى منه . ٥٧٢
- ٩٩١ - مسألة : (ومن أوصى له بشيء فلم يأخذه زمانا ، قوم وقت الموت ، لا وقت الأخذ) ٥٧٧ - ٥٧٢
- فصل : والعطايا في مرضه يعتبر خروجها من الثلث حين الموت . ٥٧٤ ، ٥٧٣

فصل : إن وصى بمعين حاضر ، وسائر ماله
دين أو غائب ، فليس للوصى أخذ
المعين قبل قدوم الغائب أو استيفاء
الدين .

٥٧٥ ، ٥٧٤

فصل : إن كان الدين مثل العين ، فوصى
لرجل بثلته ، فلا شيء له قبل
استيفائه .

٥٧٥

فصل : لو وصى لرجل بثلث ماله ، وله
مائتان دينا ، وعبد يساوى مائة ،
ووصى لآخر بثلث العبد ، اقتسما
ثلث العبد نصفين .

٥٧٦ ، ٥٧٥

فصل : إن خلف ابنين ، وترك عشرة عينا ،
وعشرة دينا على أحد ابنيه ، وهو
معسر ، ووصى لأجنبي بثلث ماله ،
فإن الوصى والابن الذى لا دين عليه
يقتسمان العشرة العين نصفين ،

ويستقط عن المدين ثلثا دينه ، ...

٥٧٦

فصل : نماء العين الموصى بها إن كان

متصلا ... فهو تابع للعين .

٥٧٧

٩٩٢ - مسألة : (وإذا أوصى بوصايا فيها عتاقة ، فلم يف

الثلث بالكل ، تحاصوا فى الثلث ، وأدخل

النقص على كل واحد منهم بقدر ماله فى

الوصية)

٥٧٨ ، ٥٧٧

فصل : والعطايا المعلقة بالموت ، ... وصايا

حكمها حكم غيرها من الوصايا فى

التسوية بين مقدمها ومؤخرها .

٥٧٨

فصل : إذا أوصى بعق عبده ، لزم الوارث
إعتاقه .

٥٧٨

٩٩٣ - مسألة : (ومن أوصى بفرس في سبيل الله ، وألف
درهم تنفق عليه ، فمات الفرس ، كانت
الألف للورثة . وإن أنفق بعضها ، رد الباقي
إلى الورثة)

٥٧٨ - ٥٨٤

فصل : إذا قال : يخدم عبدى فلانا سنة ، ثم
هو حر ، صحت الوصية .

٥٧٩

فصل : إذا أوصى لعمه بثلاث ماله ، ولخاله
بُعشره ، فردت وصيتهما ، فتحاصّا
في الثلث ، ...

٥٧٩ - ٥٨٤

آخر الجزء الثامن

ويليه الجزء التاسع ، وأوله :

كتاب الفرائض

والحمد لله حقَّ حمده